

## LA TEORÍA DE LOS CONTRATOS Y LOS LÍMITES DEL DERECHO CONTRACTUAL<sup>(\*)</sup>

**ALAN SCHWARTZ**

Profesor Sterling en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale  
Profesor de la Escuela de Administración de Yale.

**ROBERT E. SCOTT**

Profesor Dewey y Mary Harrison, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Virginia – Profesor Winston de Derecho,  
Negocios y Sociedad Justin W. D’Arli de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia.

### SUMARIO:

I. Introducción.- II. Justificación de una Teoría de los Contratos basada en la Eficiencia: 1. Lo que las compañías maximizan; 2. Por qué el Estado debería ayudar a las compañías.- III. La Función de la Ejecución Forzada: 1. La Ejecución Forzada suele ser innecesaria; 2. Fomentando la Inversión Específica de la Relación; 3. Colaborando Contratos para Evitar la Interrupción: El Caso de los Mercados Volátiles; 4. Exigibilidad y Coerción.- IV. La Función Interpretativa: 1. La Pregunta Interpretativa Relevante; 2. Dos Problemas Interpretativos: Problemas de Significado y de Lenguaje; 3. Preferencias de las Partes Respecto de los Estilos Interpretativos: 3.1. El Caso del Beneficio Continuo; 3.2. El Caso del Beneficio Discontinuo; 3.3. Resumen.- 4. Lenguaje Privado, Predeterminaciones Lingüísticas y la Norma de la Evidencia Verbal: 4.1. La Omisión Lingüística Preferida; 4.2. La Norma de la Evidencia Verbal; 4.3. La Evidencia del Desarrollo del Cumplimiento.- V. El Proyecto de la Predeterminación Legal: 1. El Caso para las Predeterminaciones; 2. El Asunto del Costo y Normas Predeterminadas; 3. El Problema del Peligro Moral y Estándares predeterminados; 4. El Asunto de la Información Asimétrica; 5. Resumen.- VI. Reglas Obligatorias: 1. Las Partes no pueden Prohibir las Modificaciones; 2. Las Partes deben Aceptar el Cumplimiento Sustancial; 3. Las Partes no pueden Acordar Sanciones.- VII. Conclusión.

### I. INTRODUCCIÓN

El derecho contractual no cuenta con una teoría descriptiva completa, que explique qué es el derecho, ni con una teoría normativa completa, que explique qué debería ser el derecho. Estos vacíos no son sorprendentes dada la definición tradicional de contrato, la cual abarca todas las promesas cuyo cumplimiento será exigido por el derecho. Incluso una teoría del derecho contractual enfocada únicamente en la exigibilidad de los acuerdos debe considerar toda la gama desde los contratos de formato estándar entre las compañías y los consumidores hasta los contratos comerciales entre empresas. Ninguna teoría descriptiva ha podido explicar todavía un derecho contractual que abarque un dominio tan amplio. Las teorías normativas basadas en una sola norma –como la autonomía o la eficiencia– también han fracasado respecto de la heterogeneidad de los contextos contractuales a los que se aplica la teoría.<sup>1</sup> Las teorías pluralistas intentan responder a la dificultad que las teorías normativas unitarias implican recomendando a los tribunales que busquen la eficiencia, equidad, buena fe y la protección de la autonomía individual. Dichas teorías necesitan, pero hasta el momento carecen de un meta-principio, que señale cuál de estos objetivos debería ser decisivo cuando entran

<sup>(\*)</sup> Agradecemos a Freddy Escobar Rojas, miembro del Consejo Consultivo de **ADVOCATUS**, por haber obtenido la autorización respectiva para publicar el presente artículo, el mismo que fue originalmente publicado en inglés en *Yale Law Journal* No. 113, pp. 541-619, bajo el título *Contract Theory on the Limits of Contract Law*.

La traducción del presente artículo estuvo a cargo de Guillermo Cabezas Crovetto, Ex-miembro del Consejo Directivo de **ADVOCATUS** y de Diego Harman Vargas, alumno del décimo segundo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, y fue revisada por Freddy Escobar Rojas.

<sup>(\*\*)</sup> Este artículo se nutrió de los comentarios recibidos en los talleres de la Facultad de Derecho, Cambridge, Inglaterra, en las reuniones de la Asociación de Derecho y Economía de Estados Unidos de América en el 2003, y en las Facultades de Derecho de Harvard, Pensilvania, Texas, Toronto, Virginia y Yale. Asimismo, nuestro agradecimiento a Bruce Ackerman, Scott Baker, Richard Brooks, Jules Coleman, Victor Goldberg, Sam Issacharoff, John Jeffries, Jason Johnston, Paul Mahoney, Tom Nachbar, Eric Posner, Andrew Poslewaite, Harry Shrift, Paul Stuphli, William Stuntz y George Triantis por sus valiosos comentarios.

<sup>(†)</sup> Para una discusión amplia sobre este problema, véase de TREBLCOCK, Michael J., *The Limits of Freedom of Contract*, 1993, pp. 241-268. Las teorías de autonomía requieren nociones de consentimiento elástico para regular todo el ámbito del

en conflicto.<sup>7</sup> Intentamos lograr un avance en el presente estudio con un enfoque más modesto – establecer y defender una teoría normativa para orientar a quienes toman las decisiones en la regulación de los contratos comerciales.<sup>8</sup>

El argumento positivo de la teoría, en resumen, es que el derecho contractual debería facilitar los esfuerzos de las partes contratantes para maximizar los beneficios conjuntos (el “excedente contractual”) obtenidos en las transacciones. El argumento negativo de la teoría es que el derecho contractual no debería ocuparse de nada más. Ambos argumentos parten de la premisa de que el Estado debería escoger las normas que regulan las transacciones comerciales según el criterio de maximización del bienestar.

Una simple categorización del universo de transacciones de negociación acotará el ámbito de nuestra teoría. Una transacción involucra a un vendedor (ya sea de bienes o servicios) y un comprador. Las partes en las transacciones pueden dividirse en personas y compañías. Ello genera cuatro categorías de transacciones: 1) una compañía le vende a otra compañía, 2) una persona le vende a otra persona, 3) una compañía le vende a una persona, y 4) una persona le vende a una compañía. Los contratos de la categoría 2, entre personas, se rigen principalmente por el derecho de familia (acuerdos prenupciales y acuerdos de divorcio) y por el derecho de la propiedad inmueble (venta de casas y algunos arrendamientos). Pocos contratos en disputa entre personas se rigen por las normas del derecho contractual. Los contratos de la categoría 3, entre una compañía como vendedor y una persona como comprador, se rigen principalmente por el derecho de protección al consumidor, el derecho de la propiedad inmueble (mayormente los arrendamientos), y las leyes sobre títulos valores. Los contratos de la categoría 4, entre una persona como vendedor y una compañía como comprador, por lo general involucran la venta de la mano de obra de una persona, y están reguladas por las leyes

comportamiento contractual con una norma. Véase, por ejemplo, BARNETT, Randy E. *A Consent Theory of Contract*. En: *Columbia Law Review*, No. 86, 1986, p. 269; BARNETT, Randy E. *The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent*. En: *Virginia Law Review*, No. 78, 1992, p. 821; de BENSON, Peter. *Abstract Right and the Possibility of a Non-distributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory*. En: *Cardozo Law Review*, No. 10, 1989, p. 1077; de BENSON, Peter. *Contract, an A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* 24, Dennis Patterson ed., 1996, pp. 33-43; de BENSON, Peter. *The Idea of a Public Basis of Justification for Contract*. En: *Osgoode Hall Law Journal*, No. 33, 1995, p. 173. Las teorías de eficiencia tienden a tener un alcance más limitado. Los artículos positivos analizan patrones doctrinarios amplios en un intento por encontrar coherencia fundamental entre estos patrones y la norma de eficiencia, pero los autores no pretenden plantear una teoría descriptiva del derecho contractual. Véase, por ejemplo, de AYRES, Ian y GERTNER, Robert. *Filing Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*. 99 *Yale L.J.*, 1989, p. 87; de GOETZ, Charles J. y SCOTT, Robert E. *Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract*. 89 *Yale L.J.*, 1980, p. 1261. Las teorías económicas normativas, por otro lado, normalmente evalúan las doctrinas discretas mediante la norma de eficiencia. Véase, por ejemplo, de GOETZ, Charles J. y SCOTT, Robert E. *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*. En: *Columbia Law Review*, No. 77, 1977, p. 554 (en adelante, de Goetz y Scott, *Liquidated Damages*); de JOLLIS, Christine. *Contracts as Bilateral Commitments: A New Perspective on Contract Modification*. En: *Journal of Legal Studies*, No. 26, 1997, p. 203; de SCHWARTZ, Alan. *The Case for Specific Performance*. En: *Yale Law Journal*, No. 89, 1979, p. 271; de SCOTT, Robert E. *The Case for Market Damages: Revisiting the Last Profits Puzzle*. En: *University of Chicago Law Review*, No. 57, 1990, p. 1155.

<sup>7</sup> Los problemas que presentan las teorías pluralistas sin meta normas son bien ilustrados en el trabajo de Melvin Eisenberg, el cual pretende resolver el problema del amplio alcance de los contratos proponiendo conjuntos de normas que se traslapan. Véase de EISENBERG, Melvin A. *The Bargain Principle and Its Limits*. En: *Harvard Law Review*, No. 95, 1982, p. 741; de EISENBERG, Melvin A. *The Theory of Contracts*, en *The Theory of Contract Law: New Essays*, Peter Benson ed., 2001, p. 206 (en adelante, EISENBERG, *Theory of Contracts*). Por ejemplo, el esquema de Eisenberg restringe el dominio de libertad de contratación mediante normas de reciprocidad, confianza y equidad. Reconoce que este enfoque multivalor puede generar proposiciones sociales en conflicto. Cuando realmente se producen conflictos, “el legislador debe elaborar una norma legal que le dé un peso y función adecuados a cada una de las valores u objetivos en conflicto en el contexto aplicable”. En EISENBERG, *Theory of Contracts*, *supra*, en p. 244. Asimismo, “cuando las propuestas sociales entran en conflicto el legislador debe optar su buen juicio respecto del peso y función atribuidos a cada proposición en el caso planteado”. Igualmente Eisenberg reconoce que su teoría carece de una métrica que pudiera decirle al legislador cómo atribuirle un “peso y función” adecuados a cada una de las propuestas sociales o valores cuando se producen conflictos. Ya que es probable que los tribunales y las legislaturas se vean involucrados cuando las propuestas sociales o valores favorecen a más de un tipo de persona o grupo de interés, las teorías pluralistas como la de Eisenberg tienden a ser menos útiles cuando son más necesarias.

<sup>8</sup> En una crítica reflexiva sobre las teorías contractuales de autonomía y eficiencia, Michael Trebilcock concluye en que ambos tipos de teoría son “válidas en sus propios términos”, pero que sin una “metateoría que pondere o categorice estas diversas

que rigen la relación laboral. Ello deja a los contratos de la categoría I (los que se celebran entre compañías) como el objeto principal de lo que comúnmente se denomina derecho contractual, es decir, las normas contenidas en el Artículo 2 del Código Comercial Uniforme (UCC, por sus siglas en inglés) y las disposiciones del Restatement (Second) of Contracts (Segunda Reformulación de Contratos). Dichas disposiciones se invocan principalmente para resolver conflictos que surgen en los contratos de la Categoría I. Nuestra teoría se aplica solo a estos contratos, y en consecuencia, tiene importantes implicancias en el contenido del UCC y del "common law" de los contratos.

Los contratos de la Categoría I, no obstante, pueden dividirse en dos subcategorías. Algunas partes obviamente son actores económicos sofisticados (por ejemplo, la empresa General Electric Company). Otras partes, operan en contextos comerciales pero presentan muchas de las características de las personas comunes (por ejemplo, una tienda de regalos que pertenece y es administrada por un maestro jubilado). Así, cualquier esfuerzo por analizar los contratos entre las "compañías" enfrenta un problema de límites, cómo definir una compañía para los fines del análisis. En el presente hemos trazado este límite definiendo a una compañía de la Categoría I como: 1) una entidad que se encuentra constituida como una sociedad y que cuenta con cinco o más trabajadores, 2) una sociedad de responsabilidad limitada, o 3) una sociedad profesional como un estudio de abogados o un estudio contable. Puede esperarse que estas entidades económicas entiendan cómo celebrar contratos comerciales, y la teoría que desarrollamos solo se aplica a los contratos entre dos entidades de ese tipo. No discutimos la extensión que pueden tener nuestras conclusiones cuando una o ambas partes en un contrato comercial traspasan nuestro límite.

Las compañías que maximizan sus utilidades afrontan el canónico "problema contractual" de asegurar tanto una transacción *ex post* eficiente como una inversión *ex ante* eficiente respecto del objeto del contrato.<sup>1</sup> Las partes realizan transacciones eficientes cuando, y sólo cuando, el valor de la ejecución del comprador excede el costo de ejecución del vendedor. Las partes invierten de manera eficiente cuando sus conductas maximizan el resultado esperado de un negocio. Muchos concuerdan en que el derecho contractual debería intentar facilitar transacciones e inversiones eficientes. La novedad de nuestra teoría consiste en el desarrollo sistemático de las implicancias de este objetivo y en argumentar que el derecho contractual debería limitarse únicamente a la búsqueda de la eficiencia (para los contratos de la Categoría I).

Pueden plantearse cuatro objeciones al argumento, según el cual el derecho contractual debería limitarse a fomentar transacciones e inversiones eficientes. En primer lugar, se podría argumentar que las compañías a veces no maximizan las utilidades y, debido a los errores cognitivos sistemáticos que cometen las personas que las administran, son incapaces de hacerlo incluso si lo intentaran. Un derecho que presupone maximización de utilidades estaría entonces mal orientado. En segundo lugar, se podría argumentar que las compañías que maximizan utilidades a veces hacen cosas incorrectas —como contaminar el medio ambiente, por ejemplo— que la ley debe tratar de impedir. En tercer lugar, se podría sostener que el Estado debería promover la equidad en los contratos, además de la eficiencia. Finalmente, se podría plantear que el Estado debería seguir objetivos referidos a la distribución, aún si algunas veces éstos entran en conflicto con la eficiencia.

Estas objeciones serían problemáticas para un enfoque de la eficiencia que abarque todos los tipos de contratos. No obstante, sostendremos que tienen poca fuerza cuando solo se trata de los

valores", ambas deberían ser aplicadas en diversos contextos sociales de acuerdo a la relativa competencia de las diferentes instituciones legales para que funcionen de manera efectiva. En TREBLCOCK, *supra* nota 1, en p. 248. Este Artículo acepta la invitación de Treblcock y propone una teoría normativa que se ajusta a los contratos comerciales, la categoría subsidiaria de las relaciones contractuales que la ley más afecta.

<sup>1</sup> Los académicos de leyes normalmente se refieren a la inversión en el objeto del contrato como "confianza". Nosotros usamos el término *confianza* y el término del economista, "inversión" de manera intercambiable.

contratos de la Categoría 1. Las compañías y los mercados están estructurados buscando minimizar la probabilidad de error cognitivo sistemático por las personas importantes que toman las decisiones en la compañía. Es más probable, entonces, que el error cognitivo afecte a los contratos de la Categoría 2, 3 y 4 que a los contratos de la Categoría 1. Asimismo, las cosas malas que las compañías hacen comúnmente implica imponer costos sobre terceros, tales como ocasionar daños ambientales o establecer barreras al ingreso. Estos comportamientos —la creación de externalidades negativas— están regulados por las leyes ambientales y las leyes antimonopolio. Un análisis del derecho contractual como éste puede, por lo tanto, asumir la falta de externalidades. Finalmente, por lo general resulta inútil trazar objetivos de distribución o igualdades contractuales cuando a las compañías se les permite una amplia libertad contractual. Esto se debe a que las compañías celebrarán contratos alejándose de normas legales equitativas o redistributivas que no maximizan el beneficio conjunto. En suma, la eficiencia es el único objetivo institucional factible y normativamente atractivo para un derecho contractual que regula acuerdos entre compañías.<sup>5</sup>

Una teoría de la eficiencia limitada a contratos entre compañías (según se definió a las compañías anteriormente) presenta cuatro implicancias principales para el derecho contractual. La primera implicancia parte de un hecho importante: muchos contratos serían cumplidos incluso si no existiera sanción alguna por su incumplimiento. Los contratos serían "auto-ejecutables" cuando las partes contemplan celebrar una serie de contratos y las ganancias obtenidas por el incumplimiento sean menores que las ganancias proyectadas por futuros contratos que el incumplimiento anularía. Más aún, ninguna de las partes incurriría en incumplimiento si es que la ganancia obtenida del incumplimiento fuese menor que la sanción que le impondría el mercado sobre su reputación. Cuando los contratos se encuentran fuera del rango de auto-ejecución, no obstante, la ejecución legal es necesaria para asegurar el cumplimiento en dos casos principales: en mercados volátiles, cuando el incumplimiento de una de las partes puede amenazar la supervivencia de su contraparte en el contrato; y cuando el beneficio contractual se maximiza si una o ambas partes realizan inversiones específicas a la relación.<sup>6</sup> Sin embargo, la "ejecución" consiste en más que simplemente exigir a las partes el cumplimiento. También implica prevención de fraude y coacción, así como reglas para alentar o facilitar el cumplimiento, tales como las normas de indemnización por daños. Quizás un tercio de las secciones del Artículo 2 del UCC son normas de cumplimiento contempladas en la definición dada en el presente. La implicancia inicial de nuestra teoría consiste en que el cumplimiento, cuando se requerido, es de lejos lo más importante que el Estado realiza. Consideremos de manera más cruda, una economía comercial moderna puede funcionar bien básicamente con tribunales honestos y un conjunto de normas de cumplimiento. El resto tiene una importancia de segundo orden.

No obstante, un tribunal no puede exigir el cumplimiento de contratos sin una teoría de interpretación que "trace un mapa" a partir del contenido semántico de la redacción de las partes hasta llegar a las implicancias legales de la redacción. Así, nuestra segunda implicancia sostiene, a

<sup>5</sup> Como otro ejemplo del escepticismo que seguimos en este documento, el Profesor Eisenberg ha criticado a las teorías que sostienen que el derecho contractual maximiza sólo el bienestar sobre la base de que estas teorías están "empalmeadas (...) y que excluyen otros valores importantes, tales como el valor de mantener las relaciones íntimas y otras relaciones afectivas libres de la intrusión del poder del Estado". En EISENBERG, *Theory of Contracts*, supra nota 2, en p. 238. Esta objeción puede tener fuerza si se aplica a los contratos de la Categoría 2, entre personas, pero parece irrelevante para los contratos de la Categoría 1 que venimos analizando. Los contratos entre General Electric y General Motors no involucran relaciones "íntimas" o "afectivas".

<sup>6</sup> Una inversión específica para la relación no es totalmente "desplegada razonablemente". A manera de ejemplo, asumamos que un vendedor compra tubos de acero estirados para fabricar una máquina para el comprador. La inversión del vendedor sería "general" si se produjera un incumplimiento antes de que el vendedor emplee a transformar los tubos ya que estos podrían ser vendidos razonablemente en el mercado. La inversión se convertiría en una "específica de la relación" si el incumplimiento ocurriera después de que los tubos hubieran sido transformados en formas que sólo el comprador pueden usar, ya que entonces los tubos transformados sólo podrían ser vendidos nuevamente como chatarra probablemente por debajo de su costo.

diferencia del UCC y de la mayor parte de la doctrina, que la interpretación textualista debería ser la teoría de incumplimiento para los contratos de la Categoría I. Es decir, que las compañías comerciales por lo general prefieren que los tribunales se sujeten lo más que puedan al significado común de las palabras, para aplicar una norma "dura" de evidencia verbal<sup>1</sup>, y que respeten las "cláusulas de fusión" (que establecen que las partes tenían la intención de que su redacción se interprete como si estuviese completa). Una teoría de interpretación textualista, sin embargo, no sería adecuada para todas las partes siempre. En consecuencia, los tribunales deberían emplear bases probatorias estrechas al interpretar contratos entre compañías, pero también deberían cumplir con los pedidos de las partes de ampliar la base que les es aplicable. Esta implicancia difiere de la ley actual, la cual sostiene que la interpretación es un tema que debe ser decidido por los tribunales y debería realizarse de acuerdo a normas que las partes no pueden variar.

El derecho contractual tiene más reglas que regulan diversos aspectos de la relación contractual que las que se necesitan únicamente para desempeñar sus funciones de cumplimiento e interpretación. Normalmente, estas normas son predeterminadas, aplicables solo cuando las partes no contratan fuera de ellas. Se considera que la creación de buenas normas de incumplimiento es la función principal del derecho contractual. Esta creencia está mal orientada. La tercera implicancia de nuestra teoría sostiene que el dominio efectivo del derecho contractual-comercial es mucho más pequeño de lo que se cree comúnmente. El Estado puede crear reglas de incumplimiento que las compañías solo querrían bajo condiciones muy rigurosas. Para que sea útil, una regla de incumplimiento<sup>2</sup> debe aplicarse en muy pocos estados en el mundo, debe ser relativamente simple en cuanto a su forma, ser eficiente en un conjunto de circunstancias altamente heterogéneas, y no debe basarse en información que los tribunales no puedan recuperar de manera conveniente. Un estándar de incumplimiento deberá redactarse cuando las partes no necesitan, o es muy costoso proporcionarles, orientación específica sobre la obligación de cumplimiento. Debido a que los estándares brindan a las partes mayor latitud (por ejemplo, el vendedor debe realizar la entrega en un plazo "razonable"), un buen estándar brindará discreción solo cuando las acciones probables de las partes bajo el mismo maximice beneficios conjuntos más que individuales. Los legisladores y los tribunales, sostenemos, suelen adoptar normas y estándares de incumplimiento que no satisfacen estas condiciones rigurosas. Esto es ineficiente ya que las partes reaccionan ante malas normas y estándares celebrando contratos sin considerarlos. Así, la creación de normas de incumplimiento ineficientes eleva los costos de contratación de las partes, pero no afecta de ninguna otra manera su comportamiento. La falta de buenas normas de incumplimiento hace que la mayor parte del derecho contractual vigente sea irrelevante para la actividad comercial.

Además de sus numerosas normas de incumplimiento, el derecho contractual contiene una serie de normas obligatorias que se aplican a los contratos entre compañías así como a los contratos entre compañías y personas. La cuarta implicancia de nuestra teoría eficientista, consiste en que muchas de las normas que rigen los contratos comerciales no deberían ser obligatorias. Discutimos una serie de normas obligatorias, incluyendo a las normas de interpretación, las normas de modificación y las normas relacionadas con las cláusulas de indemnización por daños líquidos y determinados. La única justificación de estas normas es una forma de paternalismo: estas normas no dejan de lado los términos contractuales, ya que dichos términos crean externalidades o son desmedidas, pero más bien buscan dejar de lado los términos que parecen estar en conflicto con las verdaderas intenciones sustantivas de las partes. No obstante, consideramos que las compañías tendrían buenas razones

<sup>1</sup> Una norma de evidencia verbal "vólida" considera a los documentos escritos que parecen ser contratos completos como tales. Véase el texto inferior que acompaña a las notas 96-98.

<sup>2</sup> La persona que toma las decisiones precisa el contenido de una norma por anticipado. Por ejemplo, los conductores no pueden exceder un límite de velocidad de cincuenta y cinco millas por hora. Por el contrario, la persona que toma las decisiones precisa el contenido de un estándar *ex post*. Así, las personas deben conducir "de manera razonable" dadas las circunstancias.



para adoptar los términos que hoy están prohibidos. El compromiso con la soberanía de las partes requiere que esas razones sean respetadas.

La necesidad de una teoría de eficiencia general de los contratos comerciales es particularmente sobresaliente en la actualidad. La creación de un derecho contractual se ha convertido en una prioridad importante en muchos países que han hecho un nuevo compromiso con los mercados (o lo han renovado), ya que existe un consenso respecto a que un buen derecho contractual es una condición necesaria para una economía comercial moderna. Lo que se entiende menos es cómo se supone que debe funcionar dicho derecho. Nuestro Artículo aborda las preocupaciones que tienen implicancias globales.

Otra razón que motiva nuestra decisión de desarrollar una teoría para los contratos comerciales, es que las bases para dicha teoría recién se encuentran disponibles. La teoría contractual se ha convertido en uno de los campos más significativos en la microeconomía moderna y en la economía industrial. Recientemente, tres Premios Nobel fueron otorgados a George Akerlof, Michael Spence y Joseph Stiglitz, principalmente por su trabajo en la teoría de los contratos, a pesar de que el rubro tiene menos de treinta años de antigüedad.<sup>9</sup> Además, la mayor parte del trabajo en ese campo tiene forma matemática, y por ello no es fácilmente accesible a quienes no son especialistas. Recurrimos en gran parte a la teoría de los contratos para construir nuestra teoría normativa de los contratos.<sup>10</sup>

Finalmente, como sugerimos anteriormente, el estado actual de los estudios sobre derecho contractual padece de la ausencia de una teoría sobre los contratos satisfactoria. Treinta años atrás, Grant Gilmore describió lo que denominó el modelo Willistoniano clásico. Este modelo estuvo basado en las nociones formalistas de la centralidad de los contratos escritos intercambiados voluntariamente entre las partes contratantes, y enfatizó la función limitada del derecho en hacer cumplir o interpretar estos contratos.<sup>11</sup> Según Gilmore, este modelo clásico le debía más a la imaginación de Holmes que a una lectura cuidadosa de la jurisprudencia.<sup>12</sup> Pero siendo ello así o no, Gilmore creía que la jurisprudencia moderna rechazaba el modelo. La disyuntiva entre la visión académica dominante y la doctrina viva, pensaba, producía incoherencia.<sup>13</sup> Los académicos modernos por lo general comparten el rechazo de Gilmore a Williston pero han desacreditado su tesis de incoherencia.<sup>14</sup> Nosotros también carecamos de una teoría para todo. Por el contrario, la teoría que desarrollamos en este artículo tiene más el espíritu Willistoniano, pero se aplica a un dominio limitado, a los contratos entre las compañías que no crean externalidades.

<sup>9</sup> El trabajo de estos académicos es resumido en forma concisa por LÖFGREN, Karl-Gustaf y otros, *Markets with Asymmetric Information: The Contributions of George Akerlof, Michael Spence and Joseph Stiglitz*. En: *Scandinavian Journal of Economics*, No. 104, 2002, p. 195.

<sup>10</sup> Académicos de derecho y economía como Aaron Edlin, Ian Ayres y Jason Johnston han empleado la teoría contractual de manera esclarecedora al discutir normas legales específicas. Véase, por ejemplo, de AYRES y GERTNER, *supra* nota 1; EDLIN, Aaron S., *Creditor Contracts and Up-Front Payments: Efficient Investment Under Expectation Damages*. En: *Journal of Law, Economics & Organization*, No. 12, 1996, p. 98; de JOHNSTON, Jason Scott, *Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules*. En: *Yale Law Journal*, No. 100, 1990, p. 615. El género de modelo que nosotros y otros académicos utilizamos ha funcionado bien en las pruebas empíricas. Véase, de CHIAPPORI, PA y SALANIE, B., *Testing Contract Theory: A Survey of Some Recent Work* 27 (Institut National de la Statistique et des Études Économiques, Documento de Trabajo No. 2002-11, 2002). <http://www.crest.fr/document/document/2002-11.pdf>

<sup>11</sup> Véase de GILMORE, Grant, *The Death of Contract*, 1974, pp. 42-53.

<sup>12</sup> Véase *ib. id.* en p. 63 ("La teoría de los contratos, tal como la planteó Holmes y Williston, parece haber entrado a su período de colapso prolongado prácticamente desde su nacimiento"). Pero, véase de SPIDEL, Richard E., *An Essay on the Rebirth of Contract and Continued Viability of Contract*. En: *Stanford Law Review*, No. 27, 1975, pp. 1161, 1182-1183 (revisando a Gilmore, *supra* nota 11).

<sup>13</sup> Véase en GILMORE, *supra* nota 11, en 67-68 ("Consideremos la nueva exposición de la definición de contraprestación (875) que aparece tomada en relación con su sección más elogiada -590 (impedimento por la promesa)...Lo que queda claro es que estas dos propuestas contradictorias no pueden convivir de manera armónica; al final uno debe abdicar a la otra").

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, POSNER, Eric A., *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, 112, *Yale L. J.*, 2002, pp. 819 (donde se lamenta la ausencia de teorías normativas o descriptivas del derecho contractual satisfactorias).

Este alcance limitado permite que nuestra tesis normativa se desarrolle de acuerdo con una lógica particular. La función social del mercado es maximizar el bienestar, sujeto a las limitaciones de distribución y equidad. Las compañías, como lo demostraremos más adelante, tienen incentivos para escoger los contratos y las estrategias de contratación que maximicen el beneficio obtenido por sus acuerdos. Además, las compañías se encuentran en mejor capacidad que los tribunales o los legisladores para escoger términos y estrategias eficientes. Asimismo, cuando no existen externalidades, el derecho contractual que regula a las compañías debiera ser el derecho contractual que las compañías por lo general preferirían aplicar a sus transacciones. Esto es, el Estado debería permitir el control de las preferencias de las compañías ya que las compañías pueden perseguir mejor el objetivo que tanto el Estado como ellas comparten. Así, la pregunta central de este Artículo es: ¿Qué derecho contractual querrían las partes comerciales que el Estado les proporcione?

Procederemos de la siguiente manera: La Parte II sostiene que la norma de maximización del bienestar se aplica a los contratos con actores sofisticados. En la Parte III describimos la preferencia de primer orden de las partes comerciales que consiste en hacer que el Estado exija el cumplimiento de los contratos para proteger las inversiones específicas de la relación y protegerlas contra los movimientos de mercado que producen interrupción. La Parte IV afirma que las compañías desean que el Estado proporcione una teoría de interpretación, pero no la teoría que actualmente proporciona el UCC y la Restatement (Second) of Contracts (Segunda Reformulación de Contratos). En lugar de ello, defendemos una teoría de interpretación textualista como el enfoque de incumplimiento óptimo para los contratos comerciales. En la Parte V desarrollamos las condiciones restrictivas bajo las cuales el Estado puede crear términos de incumplimiento que satisfagan las preferencias típicas de las partes. La Parte VI analiza un conjunto de normas obligatorias injustificables —normas que se basan en un punto de vista mal enfocado respecto de los intereses de las partes. Concluimos, en la Parte VII, afirmando que el derecho contractual actual presenta una serie de errores categóricos. Las normas adecuadas para los contratos que involucren personas (Categorías 2 a la 4) son aplicadas con demasiada frecuencia a las partes sofisticadas. El derecho comercial durante siglos ha hecho una distinción entre los contratos mercantiles y los demás contratos.<sup>13</sup> No obstante, los académicos modernos no han estudiado de manera sistemática las implicancias normativas de esta antigua distinción. Nosotros intentaremos corregir esta negligencia planteando los fundamentos teóricos de un comerciante legal en nuestros días.

## II. JUSTIFICACIÓN DE UNA TEORÍA DE LOS CONTRATOS BASADA EN LA EFICIENCIA

### I. Lo que las compañías maximizan

Tradicionalmente se ha asumido que las compañías tratan de maximizar las ganancias proyectadas.<sup>14</sup> Recientemente, la exactitud de este supuesto ha sido cuestionada. Existen dos razones por las que un actor económico puede dejar de maximizar la riqueza: 1) está maximizando algo distinto a su propia riqueza, tal vez debido a que le interesa la igualdad; o 2) no puede maximizar

<sup>13</sup> Existen vestigios de esta distinción en las pocas secciones del UCC que regulan los acuerdos "entre comerciantes" de manera diferente a los acuerdos entre un comerciante y una persona. Véase, por ejemplo, en el UCC §§2-104(3), 2-201(2), 2-207(2), 2-209(2), 2-603, 2-609(2) (2003).

<sup>14</sup> Se asume que las personas rechazan el riesgo, y que las compañías son neutrales respecto al riesgo. La función de utilidad de una parte neutral respecto al riesgo es lineal en cuanto al dinero —es decir, la parte valoriza cada dólar extra que puede recibir tanto como valoriza todos los dólares que haya recibido antes. Ya que las garantías monetarias se extienden a las ganancias de utilidad para las partes neutrales respecto al riesgo, las compañías neutrales respecto al riesgo maximizarán las ganancias, lo cual constituye una medida monetaria. El rechazo al riesgo o el supuesto de maximización de ganancias en el caso de las compañías se produce por dos hechos. En primer lugar, el monto en juego en cualquier contrato es por lo general pequeño en relación con el tamaño de la compañía, de manera que las compañías en realidad poseen carteras de contratos. Los riesgos individuales tienden a compensarse mutuamente en una cartera, de modo que el dueño de la cartera —es decir, la

la riqueza en el contexto bajo estudio, tal vez debido a que es propenso a errores cognitivos. Estas razones se aplican mucho menos a las compañías que a las personas. Una compañía es dirigida por sus propietarios, quienes por lo general son accionistas. Los accionistas prefieren que sus compañías maximicen sus ganancias, que los accionistas pueden entonces consumir o ahorrar. Así, las compañías optarán por maximizar las ganancias a menos que quienes las administran no pudieran ser controlados por los accionistas que son los propietarios. En estos casos, los administradores podrían estar maximizando sus propias ganancias a costa de la maximización de las utilidades.

Nadie duda de que los administradores algunas veces logran sabotear a los propietarios. No obstante, por dos razones asumiremos que los administradores obedecen las instrucciones del accionista. En primer lugar, los administradores sabotean a los accionistas ya sea desviando la riqueza de la compañía para sí mismos o dejando de asumir los riesgos adecuados a nombre de la compañía. No obstante, los administradores no cuentan con incentivo alguno para degradar la calidad de los contratos que preparan; después de todo, estos contratos generan la riqueza que los administradores podrían desviar más adelante. En segundo lugar, las normas legales que intentan combatir la mala conducta de los administradores pertenecen al campo del derecho penal, societario y de valores. El derecho contractual debería explotar esta especialización asumiendo que los contratos que regula reflejan las alternativas de maximización de las partes.

Podría esperarse que a las compañías que tratan de maximizar las ganancias les vaya tan bien como sus circunstancias lo permitan. Ello se debe a que la presión por sobrevivir promueve la competencia. Esta presión adopta dos formas. Primero, las compañías que toman decisiones económicas equivocadas de manera sistemática pierden al competir con las compañías que maximizan las ganancias. Así, las compañías que sobreviven son por lo general aquellas que pueden lograr lo que plantean. Segundo, es poco probable que los trabajadores que toman decisiones económicas equivocadas de manera sistemática reciban ascensos a puestos de confianza. Así, los administradores senior por lo general pueden lograr aquello que se proponen.<sup>17</sup> Esto no quiere decir que todas las compañías se plantean todo el tiempo estrategias de maximización de las ganancias. Mas bien quiere decir que los propietarios y el mercado ejercen presión sistemática sobre las compañías para que se desarrollen de manera óptima; entonces, es un supuesto de trabajo verosímil que las compañías persiguen un objetivo de maximización de ganancias de manera racional.<sup>18</sup>

compañía solo busca maximizar el valor monetario de la cartera en conjunto, lo cual se logra mejor maximizando el valor de cada contrato en ella. En segundo lugar, tal como se sostiene en el texto anterior, las compañías pertenecen a accionistas que tienen sus propias carteras diversificadas. El valor de la cartera de un accionista se maximiza cuando a cada compañía en ella le va muy bien en términos financieros. El primer fundamento para suponer que las compañías rechazan el riesgo algunas veces no es coherente. Revisáremos las implicancias de este error en la Sección II.C más adelante.

<sup>17</sup> Asimismo, muchos ejecutivos de empresas han estudiado en una escuela de negocios y estuvieron en programas de ejecutivos para gerentes en una escuela de negocios. Es una función de la educación en negocios enseñar a las personas a tomar decisiones que busquen la optimización (en lugar de decisiones cognitivamente erróneas). Los estudios también muestran que los sujetos pueden ser capacitados en el razonamiento teórico de juegos complejo. Véase de COSTA-GOMES, Miguel y otros, *Cognition and Behavior in Normal-Form Games: An Experimental Study*. En: *Econométrica*, No. 69, 2001, p. 1193, de JOHNSON, Eric J. y otros, *Detecting Followers of Backward Induction: Monitoring Information Search in Sequential Bargaining*. En: *J. Econ. Theory* 16, 2002, p. 104.

<sup>18</sup> Los psicólogos y los economistas han demostrado que las personas cometen errores cognitivos sistemáticos en experimentos de laboratorio cuando se les pide resolver problemas específicos de decisión individual. Estos experimentos no ponen a prueba una teoría general sobre cómo tomar decisiones las personas, y así plantean un problema de validez externa: ¿Cuándo se comportarán las partes en el mundo real como los sujetos experimentales? Dos académicos recientemente plantearon una consecuencia de esta "falta de fundamentos teóricos": (La influencia en cuanto a políticas de la EC [económica conductual] está limitada por su incapacidad para predecir circunstancias en las que surge un comportamiento anómalo (excepto por el tipo de circunstancias en las que se ha observado antes) o cómo responderá a cambios en las políticas".) DE COHEN, Jessica L. y DICKENS, William T., *A Foundation for Behavioral Economics*, 92 *Am. Econ. Rev.* 335, 2002, p. 335. Para analizar un punto de vista escéptico sobre la relevancia de la literatura psicológica para el derecho, véase de MITCHELL, Gregory, *Taking Behavioralism Too Seriously? The Unwarranted Assumptions of the New Behavioral Analysis of Law*, No. 43 *Wm. & Mary Law Review*, 2002, p. 1907.

Nuestros venios de manera provisional los experimentos sobre decisión individual como no relevantes para nuestro proyecto por tres razones. En primer lugar, ya que nos encontramos en un mundo de especulación, especulamos que las



El supuesto de que cada una de las partes en un contrato busca maximizar sus propias ganancias no implica en sí mismo que las partes también buscan maximizar las ganancias conjuntas. Por el contrario, una parte puede preferir una mayor porción de un pastel más pequeño. Así, uno podría pensar que las partes se comportarán de manera estratégica a costa de la maximización del bienestar conjunto. Sin embargo, a través de un análisis más profundo, se puede ver que las partes sofisticadas en la etapa de negociación prefieren redactar contratos que maximizan los beneficios totales.<sup>19</sup> Para analizar por qué, asumamos que la participación de cada una de las partes en el excedente del contrato se establezca de manera exógena. Este supuesto asume que una parte no puede influir en la magnitud de su participación en el negocio de las partes a través de las acciones (no fraudulentas) que adopta durante la negociación. Sobre la base de este supuesto, las partes solo querrán maximizar el excedente total.<sup>20</sup> Para ubicar este planteamiento en un contexto contractual, supongamos que las partes contemplan celebrar un contrato de venta simple por bienes que el comprador valoriza en US\$ 100 y que le costaría al vendedor US\$ 80 producirlos. Ahora asumamos que la participación de cada una de las partes en el excedente del contrato (US\$ 100-US\$ 80) se establece por adelantado en la mitad para cada uno. Entonces, el precio sería US\$ 90, y la utilidad de cada una de las partes sería US\$ 10. Con mayor importancia, asumamos que el vendedor pudiera efectuar una inversión de US\$ 2 en el objeto del contrato que reduciría su costo de producción a US\$ 70. El vendedor querría hacer esta inversión ya que así su participación en el nuevo excedente del contrato de US\$ 28 (US\$ 100-US\$ 2-US\$ 70) sería US\$ 14, participación que se lograría a través de una reducción del precio a US\$ 86. De manera similar, el comprador cuenta con un incentivo para realizar inversiones que aumenten el valor, basadas en el costo.

Nos queda demostrar que las participaciones de las partes en la negociación se establecen en realidad de manera exógena. En la teoría de negociación estándar, la capacidad de negociación es una función de dos factores. El primer factor, es la relativa paciencia de las partes. El negociador más paciente rechazará las ofertas que no le agradan para esperar ofertas más favorables, mientras que el negociador menos paciente aceptará ofertas relativamente desfavorables solo para llegar a cerrar el trato.<sup>21</sup> El segundo factor es el punto de desacuerdo de cada parte (o su segunda mejor

personas en los laboratorios pueden comportarse peor que los ejecutivos de las compañías ya que los sujetos experimentales no han sido capacitados para tomar buenas decisiones y no están sujetos a las presiones de maximizar que se describen anteriormente. En segundo lugar, evidencia reciente sugiere que las anomalías conductuales pueden ser en gran parte mitigadas o eliminadas cuando se les pide a las personas que actúen como actores en las compañías, véase de ARLEN, Jennifer y otros, *Endowment Effects Within Corporate Agency Relationships*, en *Journal Legal Studies*, No. 31, 2002, p. 1, o cuando las instituciones aplicables permiten la comunicación dentro de un grupo de actores y exigen la competencia entre grupos, véase de SLEMBECK, Tilman y TYRAN, Jean-Robert, *Do Institutions Promote Rationality? An Experimental Study of the Three-Door Axiom* (Universidad de St. Gallen, Working Paper No. 21, 2002), [http://www.wu.unizh.ch/RePEculug/dp2002/np0221slembeck\\_ganz.pdf](http://www.wu.unizh.ch/RePEculug/dp2002/np0221slembeck_ganz.pdf). La opinión de que las organizaciones conformadas por expertos toman mejores decisiones que los sujetos individuales está siendo aceptada en la comunidad de psicología también. Véase de RACHLINSKI, Jeffrey J., *The Unsettling Psychological Cost for Antemortem*, en *Northwestern University Law Review*, No. 97, 2003, pp. 1165, 1214-1216. En tercer lugar, los experimentos demuestran que cuando a las personas se les pide que se desvirtúen en los mercados más que realicen tareas individuales, las personas alcanzan equilibrios que son consecuentes con el comportamiento de optimización individual. Véase de CRAWFORD, Vincent R., *Introduction to Experimental Game Theory*, en *Journal Economic Theory*, No. 104, 2002, p. 1, 3 y 8 ("La repetición del mismo juego por lo general lleva al equilibrio sin importar qué estén pensando los sujetos"); de GOOE, Dhanrajay K y SUNDER, Shyam, *Allocative Efficiency of Markets with Zero-Intelligence Traders: Market as a Partial Substitute for Individual Rationality*, en *Journal of Political Economy*, No. 119, 1993, p. 101; de GOOE, Dhanrajay K y SUNDER, Shyam, *What Makes Market Allocations Efficient?*, en *The Quarterly Journal of Economics*, No. 112, 1997, p. 603; de SMITH, Vernon L., *Rational Choice: The Contrast Between Economics and Psychology*, en *Journal of Political Economy*, No. 99, 1991, p. 877 (artículo de revisión).

<sup>19</sup> Las partes necesitan la ayuda del derecho para enfrenar el oportunismo postcontractual. Véase la Parte III.

<sup>20</sup> En términos simples, si una parte va a recibir un valor por ciento fijo de una ganancia conjunta, siempre preferirá que la ganancia conjunta sea \$200 en lugar de \$100.

<sup>21</sup> El porcentaje de descuento de una parte mide su paciencia. Mientras más alto el porcentaje de descuento de una parte, más valoriza la parte los dólares con los que cuenta en ese momento que los dólares que puede recibir en el futuro. Las partes con porcentajes de descuento altos son por lo tanto negociadores impacientes. Quieren su parte del excedente ahora. Un parte para quien los dólares actuales son relativamente menos importantes —una parte con un porcentaje de descuento bajo—

opción). Los puntos de desacuerdo afectan la capacidad de negociación de manera sutil. Para analizar cómo, supongamos de manera inicial que las partes son igualmente pacientes (tienen el mismo porcentaje de descuento). Entonces dividirán el excedente del trato de manera equitativa, si es que llegaran a cerrar el trato. Ahora, asumamos que  $d_v$  es la recompensa del vendedor por su punto de desacuerdo, y asumamos que  $d_c$  es el punto de desacuerdo del comprador. El excedente esperado si las partes celebran el contrato es  $s$ . Un trato será eficiente si genera un excedente que supere la suma de las opciones externas de las partes (es decir, si  $s > d_v + d_c$ ). Los puntos de desacuerdo de las partes no determinarán la división del excedente obtenido de dicho trato si la mitad de  $s$  es mayor a  $d_v$  y  $d_c$ . No obstante, supongamos que la mitad de  $s$  es menor a  $d_v$ , el punto de desacuerdo del vendedor. El vendedor no celebrará un contrato con el comprador a menos que el vendedor se beneficiara tanto con el trato como lo podría hacer con cualquier otro trato. En esta variante del ejemplo, el vendedor, entonces, recibiría una recompensa de negociación que es su punto de desacuerdo  $d_v$  más la mitad del excedente que queda después de restar las recompensas de desacuerdo de las partes. Así, los puntos de desacuerdo sólo afectan la capacidad de negociación en un trato cuando a una de las partes le convendría más aceptar su opción externa que aceptar la división del excedente que "de lo contrario" los porcentajes de descuento de las partes implicarían.<sup>22</sup>

La paciencia de las partes comerciales es una función de su capacidad para financiar sus proyectos. Las compañías que cuentan con capital o acceso conveniente a capital pueden ser más pacientes que las compañías que necesitan los ingresos inmediatamente para sobrevivir. Las partes normalmente no pueden afectar en un contrato el acceso de los socios potenciales al mercado de capitales. Más aún, una parte en un contrato potencial por lo general no puede afectar las oportunidades comerciales de la otra parte (su punto de desacuerdo). Así, cada socio potencial en un contrato se dará cuenta que su participación en el excedente máximo que las partes podrían generar de manera conjunta, ya ha sido establecido antes de suscribir cualquier contrato. En consecuencia, cada una de las partes celebrará el contrato buscando maximizar su porción en el pastel.

Este resultado es contrario al punto de vista común. Se cree, ampliamente, que las partes ejercen su capacidad de negociación exigiendo a los socios contractuales más débiles que acepten

una menor rebaja y, como resultado, está más dispuesta a rechazar las ofertas actuales bajas. Así, a las partes pacientes les va bien cuando negocian con partes impacientes, quienes reducen las demandas para llegar a un acuerdo rápidamente.

<sup>22</sup> Existen dos versiones del juego de negociación de Nash: "partir la diferencia" y "repartir". En la negociación "partir la diferencia", si un trato fuera rentable, cada parte recibe su recompensa de desacuerdo más la mitad del excedente restante; en la negociación "repartir", cada parte obtiene la mitad del excedente (si son igualmente pacientes) salvo que la recompensa de desacuerdo de una parte excede la mitad de una porción igual. Para ilustrar la diferencia, asumamos que el punto de desacuerdo del vendedor es \$2; el punto de desacuerdo del comprador es \$1; y el excedente de un trato entre ellos fuera \$10. Las recompensas de las partes bajo los dos juegos (con "partir la diferencia" primero) son:

$$(1) \text{ Vendedor: } \$2 + \frac{1}{2} (\$10 - \$3) = \$5.50$$

$$\text{Comprador: } \$1 + \frac{1}{2} (\$10 - \$3) = \$4.50$$

$$(2) \text{ Vendedor: } \frac{1}{2} (\$10) = \$5$$

$$\text{Comprador: } \frac{1}{2} (\$10) = \$5$$

Los teóricos del juego predicen que la negociación "repartir" es común ya que una parte amenaza con salirse del trato a menos que reciba su recompensa de desacuerdo más la mitad del excedente restante antes de ser creíble. Bajo las recompensas asumidas aquí, el comprador no creería la amenaza de salirse del trato a menos que el vendedor reciba \$2 más la mitad del excedente restante (la recompensa total de \$5.50) porque el comprador sabría que el vendedor nunca rechazaría \$5 (su recompensa en la negociación "repartir") por los \$2, su opción externa. Anticipando la creencia del comprador, el vendedor acordaría aceptar \$5 en lugar de inútilmente intentar obtener \$5.50. Ahora, aumentemos la recompensa de desacuerdo del vendedor a \$6. En ese caso, las partes pasarían de una negociación "repartir" a una negociación "partir la diferencia". El vendedor recibiría  $\$6 + \frac{1}{2} (\$10 - \$7) = \$7.50$  y el comprador recibiría  $\$1 + \frac{1}{2} (\$10 - \$7) = \$2.50$ . Se predice que el cambio de un juego de negociación a otro se produce porque cuando el vendedor advierte su opción externa de \$6, su amenaza de salirse del trato sólo que reciba al menos \$6 en la negociación se vuelve creíble. Utilizamos el juego de negociación "repartir" a lo largo de todo el Artículo (excepto cuando el vendedor tiene una opción externa alta) debido a la lógica de los teóricos del juego y debido a que las pruebas experimentales sobre el comportamiento de negociación rechazan el tipo "partir la diferencia" y favorecen al tipo "repartir". Véase de CAMERER, Colin E. Behavioral

términos desfavorables. Así, la sección 2-302(1) del UCC autoriza a un tribunal que invalide "cualquier cláusula del contrato" si la cláusula es desmesurada.<sup>23</sup> Los términos que superficialmente parecen inclinados a favor de una de las partes, por lo general se describen como el producto de una "capacidad de negociación desigual." Pero cuando la capacidad de negociación se determina antes de la creación del contrato, como es común en los contextos comerciales, estos puntos de vista son incorrectos. La capacidad de negociación se ejerce más bien en la división del excedente, lo cual se determina por el precio. Las partes eligen de manera conjunta los términos del contrato buscando maximizar el excedente, el cual será entonces dividido por el precio de manera desigual.<sup>24</sup>

## 2. ¿Por qué el Estado debería ayudar a las compañías?

Indicamos en el esquema que planteamos que existen cuatro objeciones principales a la búsqueda individual de la maximización de la riqueza en el derecho contractual comercial. En la Sección II.1 se sostuvo que la objeción cognitiva es débil, y en la Sección V.1 se discute la objeción de igualdad. En esta sección discutiremos las objeciones de externalidad y distribución. La objeción de externalidad es débil porque, siendo materia descriptiva, la mayoría de contratos comerciales solo afectan a las partes que intervienen en ellos. Es poco probable que por un contrato de venta simple que resulte mal, se despidan a los trabajadores o se afecte a los minoristas en la localidad de la compañía. Son las decisiones sistemáticas de una compañía las que pueden afectar a terceros de manera sustancial. Por ejemplo, una compañía puede administrar una fábrica sin tener en cuenta el medio ambiente o los derechos de sus trabajadores. El comportamiento sistemáticamente ineficiente o injusto de este tipo se encuentra sujeto a la regulación legal al amparo de las leyes ambientales y del trabajo. Basándonos en este principio de especialización, asumimos que las transacciones reguladas por el derecho contractual no generan externalidades, salvo que exista una razón específica para creer que así ocurre.

Rara vez las normas de los contratos comerciales generan beneficios de distribución sistemáticos para clases de partes específicas. En primer lugar, las partes comerciales por lo general ocupan a la vez el rol de vendedor y comprador (o licenciante y licenciatario, etc.). Como consecuencia, una norma en pro del vendedor perjudicaría a las compañías cuando compran, y una norma en pro del comprador perjudicaría a estas mismas compañías cuando venden. Además, ya que la mayoría de las normas de derecho contractual comercial son normas de incumplimiento, es difícil que se generen beneficios de distribución incluso para las compañías que principalmente compran o venden. Supongamos, por ejemplo, que una norma contractual asigna un riesgo al lado vendedor del mercado

Game Theory 175-82 (2003); de Ken Binmore y otros, *An Ourside Option Experiment*. En: *The Quarterly Journal of Economics* No. 104, 1989, p. 751.

<sup>23</sup> UCC §2-302(1), 2001.

<sup>24</sup> Esta conclusión se aplica incluso a pesar de que las partes pueden estar inseguras acerca de la cantidad de capacidad de negociación que realmente tienen. Por ejemplo, las partes pueden usar una estrategia mínima cuando conocen el conjunto de posibles puntos de desacuerdo pero desconocen qué miembro del conjunto se aplica para su caso. Las partes que emplean esta estrategia evaluarán las ganancias inciertas comparando el resultado de su trato no llevado a cabo con la recompensa mínima posible bajo el conjunto de puntos de desacuerdo potenciales. Si esta recompensa mínima potencial supera el excedente en una condición de trato no llevado a cabo, las partes celebrarán un contrato; de lo contrario, no lo harán. Como consecuencia, algunos tratos eficientes no se llevarán a cabo, pero aquellos que sí se llevan a cabo serán eficientes según el principio de Pareto. Véase de BOSSERT, Walter y PETERS, Hans, *Efficient Solutions to Bargaining Problems with Uncertain Disagreement Points*. En: *Soc. Choice & Welfare*, No. 19, 2002, p. 489. Nuestra conclusión en el texto no se ve afectada por esta forma de incertidumbre porque ninguno de las partes puede afectar ninguno de los puntos de desacuerdo si todo el conjunto es exógeno. Este conjunto de modelos requiere que las partes lleguen a un acuerdo inmediatamente sobre la base de las posibles alternativas que se encuentran a su disposición. Cuando las partes son optimistas acerca de su capacidad de negociación pero pueden saber la verdad por inferencia de la secuencia de ofertas que cada una hace, llegarán a acuerdos eficientes, aunque con retraso. Véase de YILDIZ, Muhamet, *Waiting to Renegotiate*. En: *The Quarterly Journal of Economics*, No. 119, 2004. No sostenemos que las partes siempre elijan términos contractuales eficientes. La existencia de información asimétrica algunas veces hará que las partes celebren contratos eficientes restringidos; estos contratos no son "la primera mejor opción" pero son eficientes dada la estructura de información con la que cuentan las partes. En la Parte V, sostenemos que el Estado pocas veces puede mejorar los contratos eficientes restringidos porque

para crear un beneficio de distribución para el lado comprador. Supongamos también, que el excedente comercial fuese maximizado si los compradores asumieran el riesgo en cuestión (porque, digamos, son los que evitan el costo más bajo). Un contrato que asigna el riesgo al comprador, beneficiaría tanto al vendedor como al comprador (ya que dividiría un excedente mayor). En consecuencia, la asignación de la norma legal sería inestable. Debido a que las compañías comerciales intentan maximizar el excedente contractual, las normas de incumplimiento que representan el grueso del derecho comercial, difícilmente podrían beneficiar de manera sistemática a uno u otro lado del mercado.

Asimismo, es difícil generar beneficios de distribución para los accionistas que son los propietarios de la mayoría de las compañías comerciales. Normalmente los accionistas poseen carteras diversificadas. Un accionista diversificado suele poseer varias compañías que compran y venden, algunas compañías que principalmente compran, y otras que principalmente venden. Es poco probable que un intento por beneficiar a cualquiera de los lados del mercado, en términos de distribución, genere ganancias netas para dicho accionista. La diversificación es también relevante en términos normativos. Un propietario diversificado busca que el valor de su cartera se incremente, no el valor de las compañías en particular que pertenecen a su cartera a costa de otras compañías en su cartera. Ciertamente, los inversionistas se diversifican precisamente para escapar del riesgo específico de cada compañía, el riesgo de que una compañía en particular que posee el inversionista tenga un resultado inusualmente malo. Satisfacer la preferencia de este inversionista, requiere, entonces normas legales que maximicen el excedente entre las compañías.

En suma, existen razones contundentes para justificar nuestro argumento normativo principal que sostiene que el derecho contractual debería facilitar la capacidad de las compañías para maximizar la riqueza al celebrar contratos comerciales. Las razones expuestas en el presente artículo también implican, para esta clase de partes contratantes, que es innecesario o inútil para los tribunales o los legisladores plantearse metas de distribución. El derecho contractual de partes comerciales se centra en la eficiencia.

### III. LA FUNCIÓN DE LA EJECUCIÓN FORZADA

Una pregunta constante en el derecho contractual es por qué el Estado debería hacer cumplir un contrato contra los deseos de una de las partes en el mismo. Excluimos las respuestas a esta pregunta que adoptan la siguiente forma: el Estado debería hacer cumplir las promesas contractuales de una parte de la mejor forma para permitir a las personas que incluyan a otras personas en sus proyectos, y así ampliar la esfera de autonomía dentro de la cual pueden operar las personas;<sup>15</sup> o el Estado debería hacer cumplir las promesas para reforzar la moralidad de cumplirlas. Estas respuestas se descartan, ya que las compañías comerciales que celebran contratos comerciales son personas jurídicas cuya autonomía el Estado no tenía que respetar por razones morales, y cuya moralidad es normalmente exigida por el derecho positivo. La pregunta relevante para una teoría normativa del derecho contractual comercial es simplemente cuándo, si ocurriera alguna vez, el objetivo de la maximización de la riqueza requiere la exigibilidad legal de los contratos que las compañías celebran.

la información que no está disponible para las partes difícilmente estará disponible para la persona encargada de tomar las decisiones.

<sup>15</sup> Para análisis excelentes sobre las fortalezas y limitaciones de las diversas teorías del derecho contractual basadas en la autonomía, véase de CRASWELL, Richard, *Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising*, En: *Michigan Law Review*, No. 88, 1989, pp. 481, 514; y de KRAUS, Jody S., *Philosophy of Contract Law*, En: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Jules Coleman & Scott Shapiro eds., 2001, p. 687. Tampoco nos interesa la pregunta sobre cuándo las personas deberían cumplir sus promesas, ya que lo que buscamos es identificar los casos en los que el Estado debería exigir el cumplimiento de los contratos que celebran las compañías. Para un análisis interesante sobre el tema del deber de cumplir las promesas aplicado a las personas, véase de KOLODNY, Nilo y WALLACE, R. Jay, *Promises and Practical Reason*, *Phil. & Pub. Aff.*, No. 31, 2003, p. 119.

### 1. La ejecución forzada suele ser innecesaria

Un contrato tiene un aspecto intertemporal: Las partes acuerdan hoy hacer algo mañana.<sup>16</sup> La exigibilidad; por parte del Estado, de estos acuerdos es innecesaria cuando los acuerdos se encuentran dentro del rango de la auto-exigibilidad o su cumplimiento puede ser exigido mediante sanciones relacionadas con su reputación.<sup>17</sup> Se considera que un contrato es auto-exigible cuando la amenaza de cualquiera de las partes de no hacer más tratos con la otra es suficiente para inducir el cumplimiento.<sup>18</sup> La reputación, por su parte, inducirá el cumplimiento cuando el boicot de una de las partes en un contrato no lo logre.<sup>19</sup> Para que la reputación funcione, no obstante, las partes contratantes potenciales futuras deben ser capaces de aprender de manera conveniente por qué se rompió el trato entre las partes originales. Por lo tanto, las reputaciones son difíciles de establecer en economías grandes, en las cuales partes contractuales particulares son, por lo general, anónimas. Por el contrario, reputaciones funcionan mejor en comunidades comerciales pequeñas, específicamente en aquellas con miembros étnicamente homogéneos, donde todo lo que ocurre pronto pasa a ser de conocimiento común, y los boicots de los malos actores son fáciles de exigirse.<sup>20</sup> Las sanciones de reputación también pueden ser efectivas en industrias que pueden establecer asociaciones de comercio; las asociaciones se convierten en una forma de memoria colectiva respecto del comportamiento contractual de sus miembros.<sup>21</sup>

El presente Artículo, no obstante, se concentra en los contratos que se encuentran fuera del rango de la auto-exigibilidad y cuyo cumplimiento no puede ser exigido a través de sanciones de reputación. Hemos tomado este enfoque por dos razones. En primer lugar, si bien las redes comerciales informales pueden ser óptimas para las partes en las mismas, con frecuencia reducen el bienestar social. Las redes absorben a las compañías más confiables, reduciendo así la calidad de los intercambios en el mercado anónimo. En consecuencia, a menos que una red englobe gran parte de la economía, lo cual es poco probable, la existencia de la red reduce la eficiencia en la sociedad en general.<sup>22</sup> A la sociedad le va mejor, por lo tanto, cuando adopta leyes que mejoran el funcionamiento del mercado que cuando la sociedad evita la reforma legal sobre la base de que las asociaciones privadas emergerán como sustitutos satisfactorios. En segundo lugar, el intercambio en el mercado

<sup>16</sup> Los contratos por lo general son escritos, incluso cuando las partes esperan no tener que exigir su cumplimiento por la vía legal. La redacción por escrito reduce los desacuerdos sobre lo que las partes realmente han acordado hacer. Los desacuerdos sobre lo que el contrato ordena generan problemas de interpretación que se discuten en la Parte IV más adelante.

<sup>17</sup> Para analizar buenas discusiones, ampliamente informales sobre estos temas, véase KLEBN, Benjamin, *Why Held-Ups Occur: The Self-Enforcing Range of Contractual Relationships*, *En: Eco. Inquiry*, No. 34, 1996, p. 444; y de SCOTT, Robert E., *Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts*, *En: California Law Review*, No. 75, 1987, pp. 2055, 2039-2050.

<sup>18</sup> Supongamos que S y B redactan un contrato en un Estado que no exige legalmente el cumplimiento de los contratos. Posteriormente B se entera de que podría ganar \$100 más incumpliendo el contrato en vez de cumplirlo. Si B lo incumple, no obstante, S ya no hará más tratos con B. Supongamos que las ganancias proyectadas de B por estos futuros contratos tienen un valor actual de \$200. Luego B cumplirá el contrato, a pesar de que no podría ser demandado por incumplimiento, ya que el incumplimiento lo haría perder \$100, es decir  $\$100 - \$100 = \$100$ . El contrato mismo exige su cumplimiento.

<sup>19</sup> Por ejemplo, supongamos que la negativa posterior a negociar por parte de S implicara una pérdida de \$10 para el comprador que incurre en incumplimiento, pero otros vendedores también se negaran a negociar; incrementándose la pérdida total del comprador por el incumplimiento del valor actual a \$200 (\$10 más \$190 como sanción de reputación). Naturalmente, B cumplirá de manera voluntaria.

<sup>20</sup> Véase de LANDA, Jane T., *A Theory of the Ethnically Homogeneous Migration Group: An Institutional Alternative to Contract Law*, *En: Journal of Legal Studies*, No. 10, 1981, p. 345. Un excelente estudio sobre los primeros mecanismos informales de exigibilidad de cumplimiento se encuentra en el trabajo de GREEF, Arie, *Informal Contract Enforcement: Lessons from Medieval Trade*, en *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Peter Newman ed., 1998, p. 287.

<sup>21</sup> Para una discusión sobre este punto, véase de BERNSTEIN, Lisa, *On Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Informal Business Norms*, *En: UPaL.Rev.*, No. 144, 1996, pp. 1765, 1781-1782 (en adelante, de BERNSTEIN, *Merchant Law*); y de BERNSTEIN, Lisa, *Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms and Institutions*, *En: Michigan Law Review*, No. 99, 2001, p. 1724 (en adelante, de BERNSTEIN, *Private Commercial Law*).

<sup>22</sup> Para un análisis general sobre este tema, véase, por ejemplo, de KALL, Roy, *Endogenous Business Network*, *En: Journal of Law, Economics & Organization*, No. 15., 1999, p. 615.



será común aún cuando existan redes de negocios. Ambas razones sustentan la utilidad de preguntar cómo el Estado facilita mejor la celebración de contratos en los contextos del mercado.<sup>33</sup>

Aún así, las ganancias de la eficiencia que surgen de la exigibilidad de las promesas contractuales presuponen la existencia de contratos, y las transacciones comerciales con frecuencia se producen sin ellos. Las compañías suelen hacer intercambios simultáneos de efectivo por bienes o servicios más que intercambiar promesas para la comercialización posterior de estos bienes o servicios. Bajo dichas condiciones, el derecho de la propiedad es un estímulo suficiente para comercializar ya que una parte solo se desprenderá de bienes o dinero si la parte valoriza mejor lo que se ofrece a cambio. Así, la protección de la propiedad sustenta la eficiencia. Pero, a diferencia de los intercambios simultáneos, un contrato es un conjunto de promesas relacionadas con un comportamiento futuro. El cumplimiento de esas promesas es costoso. Para entender el rol del Estado en relación con el comportamiento contractual es necesario explicar por qué las partes incurren en estos costos cuando los contratos son sólo exigibles legalmente.

La exigibilidad por parte del Estado ayuda a las partes contratantes en una serie de contextos, pero es particularmente importante en los dos casos que las Secciones III.2 y III.3 plantean a continuación, cuando la inversión es específica para la relación y cuando se advierte la existencia de una mala situación del mundo crearía serios costos de interrupción. Analizamos estos casos por su importancia económica intrínseca y por su relación con otros aspectos del derecho contractual. Por ejemplo, la necesidad de amortiguar los efectos de advertir la existencia de una situación adversa y la necesidad de evitar una interpretación adversa del contrato que pudiera generar costos de interrupción similares puede hacer que las partes neutrales respecto al riesgo actúen con una aversión al riesgo. El reconocimiento de ello debería influir en la doctrina legal. Las dos Secciones siguientes abordan casos paradigmáticos.

<sup>33</sup> Análisis teóricos y experimentos económicos sugieren que el campo de los contratos autoexigibles se extendería más allá de lo que aparece en el texto si los actores del mercado se comportaran de manera justa frente a aquellos que se han comportado de manera justa con ellos y castigarán a los actores que se han comportado de manera injusta. En los experimentos, los sujetos son recompensados en el buen comportamiento a pesar de que no se les exige que así sea y castigan el mal comportamiento a pesar de que es costoso hacerlo. Para una revisión de alguna evidencia sobre este punto, véase de FEHR, Ernst y otros, *Reciprocity as a Contract Enforcement Device: Experimental Evidence*, En: *Economica*, No. 114, 1997, p. 833; y de FEHR, Ernst y SCHMIDT, Klaus M., *Theories of Fairness and Reciprocity - Evidence and Economic Applications*, pp. 2-3 (Univ. De Zurich, Ins. de Investigación Empírica en Economía, Working Paper No. 75, 2001); <http://www.iew.unizh.ch/wp/ewwp075.pdf>. Podemos encontrar análisis sobre cómo la contratación en el mercado podría mejorar si las partes actúan con justicia recíproca en el trabajo de CHEN, Yong Min, *Promises, Trust and Contracts*, En: *Journal of Law, Economics & Organization*, No. 16, 2000, p. 209; y en FEHR, Ernst y SCHMIDT, Klaus M., *A Theory of Fairness, Competition, and Cooperation*, En: *The Quarterly Journal of Economics*, No. 114, 1999, p. 917. Si esta literatura se aplica a la celebración de contratos en el mercado entre compañías sigue siendo una pregunta abierta por dos razones. En primer lugar, cuando las personas en los experimentos fueron ubicada en contextos del mercado y se les privó de información acerca de las recompensas de otros actores, la reciprocidad mostró una tendencia a disminuir. Estos resultados hicieron que un experimentador líder especulara: Los efectos de la asistencia de jugadores múltiples a información limitada (en los experimentos) sugieren una conjetura general acerca de la negociación y los mercados. En los juegos entre dos personas con perfecta información sobre cuánto está ganando cada lado, el interés en la justicia parece mayor... El interés en la justicia, que es evidente en los juegos entre dos personas con perfecta información, desaparece en los mercados grandes. Esto no significa que a los comerciantes en esos mercados no les interesa la justicia en sí. Puede interesarles, pero se comportan pensando en sus propios intereses porque no están seguros si los demás están siendo justos y no pueden castigar fácilmente la injusticia. Un mercado competitivo es simplemente un lugar en el que es difícil expresar tu interés en la justicia ya que comprar o vender lo negare a hacerlo por lo general no cambiará tu desigualdad en gran medida. Esto... sólo significa que las personas expresarán sus preferencias sociales acerca de los resultados injustos del mercado a través de su "voz"... la negociación y la ley. Véase CAMERER, supranota 22, en 115. En segundo lugar, los sujetos en los experimentos eran personas que no habían sido capacitadas en el comportamiento en el mercado. Dichos sujetos pueden responder de manera distinta que los ejecutivos o las compañías, quienes comúnmente tienen experiencia en el mercado y están sujetos a presiones para maximizar las ganancias. Entre dos razones sugieren que es prematuro aplicar resultados en la literatura sobre justicia a un análisis de los contratos entre compañías sofisticadas. Para una discusión sobre la relevancia de la literatura sobre la justicia en la exigibilidad del cumplimiento de contratos indefinidos o deliberadamente incompletos entre actores individuales, véase de SCOTT, Robert E., *A Theory of Self-Enforcing Indefinite Agreements*, En: *Columbia Law Review* No. 103, 2003, p. 1641.

## 2. Fomentando la inversión específica a la relación

Anteriormente, identificamos el problema canónico de la contratación como uno que asegura un intercambio *ex post* eficiente y una inversión *ex ante* eficiente. Asumimos en el presente, de acuerdo con el Teorema de Coase, que las partes pueden asegurar un intercambio eficiente por sí mismas. Por ejemplo, si las partes han acordado intercambiar diez unidades, pero resultó que intercambiar veinte unidades maximizaría las ganancias conjuntas, entonces las partes podrían modificar el contrato para adaptarlo a la entrega de la cantidad mayor. Como veremos, asegurar una inversión eficiente es más difícil. Las inversiones que tenemos en mente incluirían la producción de productos especializados, el desarrollo de capital humano específico para un negocio en particular, o investigación para adquirir información sobre costos y precios futuros.

Desarrollamos un modelo simple para explicar por qué el Estado juega un rol esencial en el fomento de la inversión. En el modelo, los contratos no son exigibles legalmente. Los vendedores, en nuestra historia, pueden operar en dos mercados distintos. Un vendedor, puede producir una versión genérica de un producto en particular y vender el producto genérico en un mercado competitivo a un precio equivalente al costo (incluyendo un retorno sobre la inversión del vendedor). El vendedor también puede producir una versión especializada del producto para los compradores que estén dispuestos a pagar el costo adicional. Para ser exactos, la valorización del producto genérico por parte de un comprador se denota como  $v_g$  y el costo del producto es simplemente  $g$ . Así, el producto genérico se venderá al precio  $g$  (ya que el precio es igual al costo en los mercados competitivos) y generará un excedente contractual e  $v_g - g$ . Supongamos que un comprador en particular, valoriza la versión especializada del producto en  $v_s$  y que el producto cuesta  $s$  para producir (donde  $s > g$ ). Más importante aún, asumamos que la inversión del vendedor en la fabricación del producto especializado no fuese recuperable; si el vendedor gastara  $s$  pero el trato se rompiera, el vendedor perdería la totalidad de  $s$ . Las partes prefieren fabricar el producto especializado, cuando ella maximice el excedente contractual. Esto nos lleva a la regla de decisión eficiente: producir la versión especializada cuando  $v_s - s > v_g - g$ .

Para que nuestro ejemplo sea más concreto, supongamos que el comprador valoriza el producto especializado en US\$ 80 ( $v_s = \text{US\$ } 80$ ); su costo es de US\$ 50 ( $s = \text{US\$ } 50$ ); el comprador valoriza la versión genérica en US\$ 50 ( $v_g = \text{US\$ } 50$ ); y su costo es de US\$ 40 ( $g = \text{US\$ } 40$ ). Sobre la base de estos valores, la regla de decisión eficiente de las partes requiere que el vendedor fabrique el producto especializado: ello generaría un excedente de US\$ 30 mientras que el producto genérico generaría un excedente de US\$ 10.

Si las partes celebran el contrato en la forma en que lo requiere la regla de decisión eficiente, negociarán sobre cómo dividir el excedente proyectado de US\$ 30. La división del excedente se determinará a través del juego de negociación que realicen las partes, y asumamos por las razones planteadas anteriormente, que se encuentran en una negociación de tipo "repartir".<sup>14</sup> La negociación de tipo "repartir" generará una partición igual en nuestro ejemplo si las partes son negociadores igualmente pacientes ya que la recompensa de desacuerdo de cada una de las partes (US\$ 10 para el comprador y US\$ 0 para el vendedor) es menos que la mitad del excedente de US\$ 30 de fabricar el producto especializado. Suponemos que las partes son igualmente pacientes porque las compañías por lo general tienen costos de capital similares, de modo que un contrato para fabricar el producto especializado dividiría el excedente de negociación de manera equitativa. Se lograría una partición igual a un precio de US\$65.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Véase *supra* nota 22.

<sup>15</sup> El comprador gana su valorización menos el precio, lo cual deberá ser equivalente a su recompensa de negociación, dado que su valorización es \$80 y su recompensa de negociación es \$15, el precio deberá ser \$65. El vendedor gana la diferencia entre

El precio al que las partes finalmente llevarían a cabo la transacción, no obstante, no sería de US\$ 65, ya que el incentivo del comprador de cooperar desaparece después de que el vendedor invierte en el objeto del trato. Para observar por qué, asumamos que el contrato se celebró tal como se describe. Después que el vendedor haya realizado su inversión, el comprador tendría un incentivo para exigir una renegociación del precio. En ese momento, el costo de inversión se reduciría y, por ello sería ignorado en la nueva negociación: la única duda para las partes sería si intercambiar el producto especializado a un precio determinado o no realizar el intercambio. El intercambio produciría una ganancia bruta de US\$ 80, la valorización del comprador, mientras que no realizar el intercambio no produciría valor alguno. Las partes, entonces, realizarían el intercambio dividiendo la ganancia de US\$ 80 equitativamente. Si el precio se redujera a US\$ 40, el comprador recibiría una recompensa de US\$ 40 y el vendedor perdería US\$ 10 (US\$ 40 menos su costo de US\$ 50). En vista que el vendedor perdería toda su inversión de US\$ 50 si las partes no llevarán a cabo el intercambio, aceptaría el nuevo precio.

La lección que nos deja este ejemplo, no es que los precios finales de transacción de las partes diferirían de los precios contractuales iniciales; el punto, más bien, es que cuando los contratos no son exigibles, un vendedor sofisticado se negará a producir el producto especializado, a pesar de que producirlo maximizaría el excedente proyectado. El vendedor anticiparía la pérdida de US\$ 10 bajo un contrato renegociado para elaborar el producto en lugar de ganar US\$ 15 bajo el contrato inicial. En consecuencia, el vendedor fabricaría el producto genérico. Este resultado es ineficiente. El producto genérico genera un excedente social de US\$ 10, mientras que el producto especializado hubiera generado un excedente de US\$ 30.<sup>36</sup>

No obstante, las partes cooperarían para producir el producto especializado si la promesa del comprador de pagar el precio del contrato fuese legalmente exigible. Conforme al UCC (y el *common law* de los contratos) el vendedor podría tratar la exigencia del comprador de renegociar en lugar de actuar como si fuera un incumplimiento anticipado.<sup>37</sup> El vendedor tendría entonces derecho a recuperar el precio si los bienes por los cuales se celebró el contrato no pudieran ser vendidos nuevamente a un precio razonable.<sup>38</sup> Ya que el vendedor no podría revender el producto especializado a un precio positivo (la inversión en el mismo, recordemos, se considera como no recuperable), podría recuperar el precio original de US\$ 65 del comprador. Sabiendo esto, las partes redactarían el contrato para producir el producto especializado y comercializarlo a US\$ 65. El vendedor anticiparía que será compensado por su inversión, y el comprador preferirá tener el producto especializado y

el precio y su costo, el cual deberá ser equivalente a su recompensa de negociación. En vista de que producir el producto especializado cuesta \$50 y la recompensa de negociación del vendedor es \$15, nuevamente el precio deberá ser \$65. Nótese que la amenaza del comprador saliese del trato a menos que recibe su recompensa de desacuerdo (\$10) más la mitad del excedente después de deducir su recompensa no sería creíble. El vendedor sabría que el comprador no rechazaría \$15, su recompensa del trato, para aceptar \$10, su opción externa.

<sup>36</sup> La negociación de Nash que el texto describe no tiene una ubicación en la historia: Sólo el excedente total, las tasas de descuento de las partes, y (algunas veces) sus puntos de desacuerdo determinan el resultado de la negociación. Así, se asume que las partes en los ejemplos del texto ignoran el costo de inversión recuperable de \$50 del vendedor al renegociar el contrato. Las personas en los experimentos y encuestas algunas veces consideran los costos recuperables, no obstante, de modo que la recompensa de una parte en una negociación aumenta si la otra parte sabe que su contraparte ha gastado dinero para prepararse. Esto aumentará el incentivo de inversión de dicha parte. Véase de CAMERER, supra nota 22, en pp. 85-90; de CARMICHAEL, Lorne y MACLEOD, W. Berley, *Coming About Sunk Costs: A Behavioral Solution to Holdup Problems with Small Stakes*, *Eric Journal of Law, Economics & Organization* No. 106, 2003, p. 19; de SONNEMAN, Jaap y otros, *On the Relation Between Asset Ownership and Specific Investments*, *En: Economic Journal* No. 791, 2001, p. 111. No se sabe si las empresas están motivadas por la equidad respecto de los costos recuperables sobre la cual actúan los sujetos experimentales. Cuando las partes pueden realizar inversiones por etapas a lo largo de los periodos, existe un equilibrio del juego de negociación dinámica que desarrollan, en el cual las partes invierten más que las partes en el modelo que usamos, incluso cuando dichas partes no son capaces de exigir el cumplimiento de sus contratos. Véase de CHE, Yeon-Koo y SAKOVICS, József, *A Dynamic Theory of Holdup* (25 de Abril de 2003) (manuscrito inédito, en posesión de los autores). Tampoco se sabe si el supuesto de inversión por etapas se aplica en muchos casos. En consecuencia, no sostenemos que la rapidez de una parte para mantener a su contraparte en un contrato siempre ocasiona una sub-inversión —es decir, una

obtener una recompensa de US\$15 en lugar de tener el producto genérico y obtener una recompensa de US\$10.

Este análisis arroja dos conclusiones. En primer lugar, se piensa que remedios contractuales protegen a tenedores de promesas que se ven perjudicados, en este caso el vendedor, otorgando el interés expectativo. Este punto de vista es verdadero pero superficial. Si los contratos no fuesen exigibles, las partes comerciales sofisticadas rara vez se colocarían en posiciones en las que necesitaran la ayuda de la ley. En lugar de ello, actuarían como en este caso lo hace el vendedor, quien elaboraría el producto genérico y lo vendería en el mercado en vez de someterlo a la explotación. En realidad, la exigibilidad le da poder a los promitentes permitiéndoles que hagan promesas creíbles de hacer o pagar. El comprador en nuestro ejemplo, cuando se contempla un contrato, desea contar con el poder para hacer que una promesa sea exigible legalmente, es decir, una promesa creíble de pagar al vendedor el precio del contrato de US\$65. En suma, la exigibilidad permite que las partes realicen promesas creíbles entre ellas cuando no se cuenta con sanciones de reputación o de auto-exigibilidad.

En segundo lugar, y de manera relacionada, nuestro ejemplo ayuda a explicar la pequeñísima cantidad de inversión extranjera directa que las partes privadas han realizado en los ex estados soviéticos y en muchos países del tercer mundo. La mayor parte de su inversión hubiese sido específica a la relación (por ejemplo, construir una fábrica lejos de su país de origen, explotando una mina o un campo de petróleo). Los inversionistas potenciales no harían tratos a menos que el país anfitrión o la empresa local realizara promesas creíbles, que se sujeten a los términos acordados originalmente en lugar de renegociar dichos términos luego de efectuadas las inversiones. La falta de normas de exigibilidad y tribunales honestos en muchos de estos países, sin embargo, evita que las partes locales realicen promesas que son más creíbles que la promesa del comprador en el ejemplo anterior. En respuesta, partes extranjeras reducen la inversión. La capacidad de una empresa para realizar una promesa creíble, la cual abogados en países desarrollados dan por hecho, lamentablemente es un poder poco común en muchas partes del mundo.<sup>27</sup>

### 3. Celebrando contratos para evitar la interrupción: el caso de los mercados volátiles

Las partes que operan en mercados "duros"<sup>28</sup> tienen la opción de celebrar un contrato de entrega futura o realizar una compra inmediata, es decir, un intercambio simultáneo de dinero por productos. Un contrato a precio fijo de entrega futura asigna el riesgo de caídas del precio al comprador y de aumentos de precio al vendedor. Es menos claro por qué las partes redactan estos contratos cuando celebrarlos es costoso y cuentan con la opción de realizar una compra inmediata. Presentamos otro ejemplo simple que plantea esta interrogante formalmente y luego intentamos darle una respuesta verosímil.

En el modelo, las partes pueden celebrar un contrato exigible en el momento  $T_0$  para la entrega de los bienes en el momento  $T_1$ , o el comprador puede esperar hasta  $T_1$  para realizar una

negativa a elaborar el producto especializado- cuando los contratos no son exigibles; en lugar de ello, sostenemos que la sub-inversión ocurrirá con suficiente frecuencia como para que la exigibilidad legal valga la pena.

<sup>27</sup> Véase UCC §62-610(b), 2-703(e), 2003.

<sup>28</sup> Véase id. §2-709.

<sup>29</sup> Para observar un ejemplo vivido de la segunda mejor estrategia utilizada el intentar aplicar la exigibilidad de los contratos en los estados débiles, véase de FRYE, Timothy y ZHLJRAVSKAYA, Ekaterina, *Regulation and the Rule of Law*. *En: Journal of Law, Economics & Organization* No. 478, 2000, p. 16. Como explica el autor, las medidas de protección privada brindan principalmente dos servicios. En primer lugar, ofrecen protección básica contra otras medidas y contra los criminales. En segundo lugar, y en menor medida, ayudan a exigir el cumplimiento de los acuerdos. Estos resultados sugieren que la inversión privada sirve primero como un sustituto de las fuerzas policiales rusas, notoriamente ineficientes. En menor medida, también sirve como un sustituto de los tribunales rusos, notoriamente ineficientes.

Id. en pp. 491-492.

<sup>30</sup> Existe un mercado duro cuando existen muchos vendedores y compradores que consumizan un producto prácticamente homogéneo.

compra inmediata. Las partes consideran en  $T_0$  que el precio de mercado  $T_1$  podría tener uno de los siguientes tres valores: (1)  $p_u$ , (2)  $p_u + z$  o (3)  $p_u - z$ . Cada uno de estos resultados se considera igualmente probable; así, visto desde  $T_0$ , el precio  $T_1$  esperado es  $p_u$ .<sup>41</sup> Este será también el precio pagado en  $T_2$  por la promesa de entregar los bienes en  $T_1$ . Para analizar por qué, notemos que si el precio en  $T_2$  excediera  $p_u$ , vendedores en  $T_0$  ingresarían al mercado para vender contratos de entrega futura en el precio  $T_3$  alto. El incremento resultante en la oferta causaría que el precio en  $T_3$  bajara. Por otro lado, si el precio en  $T_0$  fuese menor a  $p_u$ , compradores ingresarían al mercado para comprar contratos de entrega futura al precio bajo  $T_0$ . El incremento resultante en la demanda haría que el precio  $T_3$  subiera. Así, el precio de equilibrio único  $T_0$  deberá ser  $p_u$ . En consecuencia, si las partes redactaran un contrato en  $T_2$  para la entrega en  $T_1$ , el precio del contrato sería  $p_u$ . Para completar el modelo, asumamos que el costo del vendedor para producir o comprar los bienes es  $c < p_u$  y que la valorización de los bienes por parte del comprador es  $v = p_u + y$ . En base a estos supuestos, comercializar los bienes sería eficiente porque la valorización del comprador supera el costo del vendedor. El costo total de redactar un contrato (en lugar de que el comprador espere hasta  $T_1$  para comprar) es  $w > 0$ . En tanto el precio es igual al costo en un mercado competitivo, la fracción de  $w$  del vendedor se incluye en el precio; así, el comprador asumirá todo el  $w$  —la fracción del precio del vendedor, más la fracción que paga el comprador de su bolsillo.

Cifras reales quizá hagan esta historia un poco más concreta. Asumamos que  $P_u = \$ 100$  y  $w = \$ 2$ . Asimismo, asumamos que, para simplificar, la valorización del comprador es igual al precio de mercado alto del bien en cuestión, de modo que  $z = y = \$ 20$  (y así  $v = p_u + y = \$ 120$ ). La pregunta es si el comprador celebrará el contrato en  $T_0$  o realizará una compra inmediata en  $T_1$ .

En este modelo, el comprador esperaría. Si el comprador celebrara el contrato, y los contratos fuesen exigibles, el comprador pagaría el precio  $p_u$  y realizaría su valorización neta y con certeza, ya sea porque el vendedor cumplió o a través de una recuperación de daños. La ganancia del comprador en el contrato sería su valorización neta menos los costos del contrato, o  $y - w$ . En nuestras supuestas cifras, esta ganancia sería  $\text{US\$ } 20 - \text{US\$ } 2 = \text{US\$ } 18$ . La ganancia esperada del comprador de  $T_0$  si el comprador no celebrara el contrato, no obstante, sería la suma mayor  $y$ , o  $\text{US\$ } 20$ . Sin un contrato de por medio, el comprador tendría que comprar al precio de mercado  $T_1$ , cualquiera que fuera dicho precio. Ya que existen tres precios futuros igualmente probables, el retorno esperado del comprador por esperar hasta  $T_1$  para comprar (medido en  $T_0$ ) sería  $E(G_w) = 1/3 [(p_u + y) - (p_u + z)] + 1/3 [(p_u + y) - p_u] + 1/3 [(p_u + y) + (p_u - z)] = y$ .

La compra inmediata del comprador se realizaría o al precio de mercado  $T_1$  alto ( $p_u + z$ ), el precio de mercado  $T_1$  promedio ( $p_u$ ), o el precio de mercado  $T_1$  bajo ( $p_u - z$ ). Dada la valorización de un comprador  $p_u + y$  y recordando que  $y$  se asume como igual a  $z$ , la ganancia esperada por el comprador por no celebrar el contrato, y así ahorrar el costo de contratar  $w$ , es precisamente la valorización neta del comprador  $y$ , o  $\text{US\$ } 20$ .<sup>42</sup>

Un comprador neutral frente al riesgo no pagaría una prima para asegurarse una determinada ganancia; en lugar de ello, la parte optaría por una ganancia más alta pero riesgosa. La "prima" en este caso sería el costo de contratar ( $w = \text{US\$ } 2$ ). Pagar dicho costo garantizaría al comprador una ganancia segura de  $\text{US\$ } 18$ , la cual es menor a la ganancia preferida esperada de  $\text{US\$ } 20$ . Un vendedor neutral frente al riesgo rechazaría un contrato por la misma razón. En efecto, las compras inmediatas son muy comunes. Y si las partes no están dispuestas a redactar contratos de entrega futura en mercados duros aun si estos contratos fuesen legalmente exigibles, no existe necesidad de hacerlos

<sup>41</sup> El precio esperado en  $T_1$  es  $1/3 (p_u) + 1/3 (p_u + z) + 1/3 (p_u - z) = p_u$ .

<sup>42</sup> Empleando nuestras cifras ilustrativas, la ganancia esperada por el comprador sin un contrato es  $E(G_w) = 1/3 (\$120 - \$120) + 1/3 (\$120 - \$100) + 1/3 (\$120 - \$80) = \$20$ .



legalmente exigibles. Así, la pregunta de por qué las compañías neutrales frente al riesgo algunas veces redactan contratos de entrega futura no es trivial.

Sostenemos que las partes redactan estos contratos (cuando son exigibles) para reducir el riesgo de resultados potencialmente desastrosos, que impondrían costos adicionales sobre el comprador. Si el comprador del ejemplo no contrató, entonces un tercio del tiempo tendría que realizar una compra inmediata al precio  $T_1$ , alto de  $p_1 + z$ , o US\$120. Dado que la valorización bruta del comprador es también US\$120 (es decir,  $p_1 + y$ ), un tercio del tiempo una compra de los bienes no contribuiría en nada a las obligaciones fijas del comprador. Un comprador que incumple en el pago de un alquiler o intereses, sin embargo, incurrirá en serios costos de interrupción. Una vez que incorporemos los costos de interrupción (denotados como  $f$ ) y notemos que se incurrirá en ellos un tercio del tiempo, la comparación en el modelo deberá modificarse. La regla de decisión real del comprador sería celebrar un contrato cuando la ganancia neta de contratar exceda la ganancia neta por no contratar, o cuando  $y - w > y - 1/3 f$ , o cuando  $w < 1/3 f$ . En este ejemplo, si los costos de interrupción superan los US\$6, el comprador redactaría un contrato de entrega futura.

Este análisis predice que un comprador que contempla realizar muchas transacciones, ninguna de las cuales será grande en relación con la necesidad de efectivo del comprador, actuará como una persona neutral frente al riesgo, comprando bienes en el mercado de compraventa inmediata. No obstante, cuando un mal resultado en un solo contrato pudiese poner en grave peligro el negocio del comprador, este actuará con aversión al riesgo, comprando la garantía de cumplimiento cuyo costo sería la celebración de un contrato de entrega futura. Para asegurarse, algunos de esos compradores podrían protegerse de la interrupción manteniendo reservas de efectivo suficientes, pero esta estrategia es difícil que sea seguida por todos los negocios. Asimismo, si el comprador tiene buenos prospectos comerciales, el costo de oportunidad por acumular efectivo probablemente excedería los costos del contrato, en particular en el caso de los contratos simples de precio fijo bajo consideración. El resultado de este análisis es que el Estado reduce los costos sociales, dando a las partes que operan en los mercados volátiles la oportunidad de celebrar contratos exigibles de entrega futura.<sup>43</sup>

En suma, cuando el intercambio es inter-temporal en lugar de simultáneo, la eficiencia se amplía cuando las partes pueden celebrar contratos exigibles en dos situaciones principales: cuando, por lo menos, a una de las partes se le exige a través de un contrato que realice una inversión que es más rentable en la relación que en cualquier otro lugar, y cuando los precios del mercado son volátiles y un movimiento adverso del mercado puede tener efectos negativos.<sup>44</sup> En el primer caso, a falta de exigibilidad legal la parte no inversionista tiene un incentivo para renegociar el precio del contrato con una tendencia a la baja en lugar de cumplir con el contrato original. En el segundo caso, la parte a quien un movimiento del mercado afecte negativamente podría sufrir costos de interrupción que excederían sus expectativas (tal como se miden convencionalmente). Los contratos, algunas veces se encuentran dentro de la categoría de la auto-exigibilidad y, en algunas sub-economías la reputación puede hacer que las promesas de cumplimiento sean creíbles. Pero los incentivos no

<sup>43</sup> Hemos sostenido que la exigibilidad de los contratos cumple una función de seguro en los mercados volátiles. Las partes también pueden comprar un seguro contra la interrupción del negocio, pero los costos de transacción de esta alternativa por lo general excederán los costos de los contratos simples de precio fijo bajo consideración. Las compañías enfrentan presión para transar en juicios del tipo "apuesto todo" por razones similares a las que se desarrollan en este trabajo; la transacción es una forma de seguro contra ser puesto fuera del negocio. Véase de HEATON, J.B., *Settlement Pressure* pp.30-36 (febrero, 2002) (manuscrito inédito, en posesión de los autores).

<sup>44</sup> Recordemos nuestro supuesto según el cual las partes en los contratos comerciales son neutrales en cuanto al riesgo. Un tercer motivo para celebrar contratos consiste en transferir el riesgo de partes más reacias al riesgo a partes menos reacias. La exigibilidad legal de estos contratos algunas veces es necesaria ya que el receptor del riesgo tiene un incentivo para incumplir cuando se materializan los grandes riesgos. Aquí no consideramos los contratos de riesgo cambianse, en parte debido a que uno de las partes en dichos contratos es por lo general una aseguradora, y los contratos de seguros son materia

legales pueden ser ineficientes en los grandes mercados y en los países donde la confianza social es baja. Así, sin la exigibilidad legal, por lo general no puede esperarse que las partes en un contrato privado concreten tratos que maximicen el excedente social.

#### 4. Exigibilidad y coacción

La exigibilidad implica más que simplemente ordenar el cumplimiento a una parte recalcitrante. A manera de ejemplo, supongamos que un vendedor vende sus bienes a un tercero en lugar de entregarlos al comprador en el contrato. Un mandato de cumplimiento específico sería inútil. ¿Debería el comprador tener la facultad de demandar al vendedor por daños y perjuicios o imponer un fideicomiso implícito sobre el producto de la venta? ¿Si el comprador realiza una compra sustituta, habría cumplido el vendedor con su obligación? Supongamos en lugar de ello que el comprador recibe los bienes reclama que no tienen la calidad que el vendedor había ofrecido. ¿Aún así debe el comprador pagar el precio y demandar por daños y perjuicios, o puede el comprador cancelar la venta? Finalmente, supongamos que, luego de celebrar el contrato pero antes de efectuar la entrega, una agencia gubernamental aprueba una norma que prohíbe la fabricación del producto que el comprador deseaba producir con los bienes adquiridos. El comprador ya no necesita los bienes ¿debe el comprador aún así pagar el precio? De no ser así, ¿existe algún remedio para el vendedor?

Estas preguntas ilustran la complejidad del concepto de "exigir el cumplimiento de un contrato". Es tentador sugerir, por tanto, que también es necesario un conjunto complementario de "normas de exigibilidad" establecidas públicamente. Esta sugerencia, no obstante, sería prematura, ya que las partes pueden responder estas preguntas en sus propios contratos. Por ejemplo, las partes pueden redactar una cláusula de fuerza mayor que especifique los hechos que exonerarían al vendedor de su obligación de realizar la entrega, o al comprador de su obligación de pagar; estos hechos podrían incluir la posible aprobación de una norma administrativa desfavorable. Así, el que las leyes contractuales de las naciones desarrolladas por lo general contengan conjuntos de normas de exigibilidad, requiere una explicación, una tarea que abordaremos en la Parte V del presente Artículo.

No obstante, la doctrina de coacción es una regla de exigibilidad que las partes no pueden crear por sí mismas. La ley de coacción se aplica en dos contextos. La coacción *ex ante* ocurre cuando una parte es equivocadamente coaccionada para celebrar un contrato.<sup>45</sup> La coacción *ex post* ocurre cuando una persona es equivocadamente coaccionada para modificar un contrato existente.<sup>46</sup> El derecho contractual aplica el mismo estándar legal en ambos casos: un contrato o una modificación no son exigibles si el consentimiento de una parte ha sido obtenido mediante una amenaza impropia

---

de un campo legal distinto y ampliamente regulado. Más aún, a pesar de que muchos contratos tienen un componente asegurador (por ejemplo, los contratos de mercancías, cobertura de moneda), estos contratos no tienden a generar un litigio.

<sup>45</sup> Un argumento de coacción *ex ante* funciona si la parte demuestra que no hubiese celebrado el contrato impugnado si no hubiese existido la conducta indudablemente coercitiva de la otra parte. La clave es el foco de atención de la ley en el comportamiento antes que en las circunstancias. Así, no habría coacción por parte de un empleador cuando una persona pobre acepta una oferta de trabajo por un sueldo bajo, ni tampoco habría coacción por parte de un vendedor que cobra un precio alto por gasolina cuando es el único vendedor en la zona. El empleador no genera la baja riqueza del trabajador, ni el vendedor atrae al comprador a la zona solitaria. Así, el derecho contractual requiere que los argumentos de coacción se basen en el comportamiento del promisorio, no en las circunstancias preexistentes del promisorio. *Chouinard contra Chouinard*, (1970), En: II Segunda Edición, No. 568, pp. 430, 434. Esto se debe a que si no existe coacción por parte del promisorio, es mejor para el promisorio celebrar el contrato que no celebrarlo. Véase en SCOTT, Robert E. y STUNTZ, William J. *Poor Bargaining as Contract*. En: *Yale Law Journal*, No. 101, 1992, pp. 1909, 1919-1920 (donde se discute el planteamiento general que sostiene que "los actos indebidos que constituyen coacción pueden consistir en fuerza física o en una amenaza indebida, pero en todo caso la coacción debe ser ejercida por el promisorio y no por las circunstancias ajenas que afectan el promisorio").

<sup>46</sup> Véase, por ejemplo, *Austin Instrument, Inc. contra Loril Corp.* (New York 1971). En: *N.E.*, Segunda Edición, No. 272, p. 533.

que no le dejó a dicha parte ninguna alternativa razonable más que aceptar.<sup>47</sup> En este trabajo, nos concentramos en la coacción *ex post*, y sugerimos que los tribunales deberían formularse una pregunta distinta a las que se plantean en los casos de coacción *ex ante*. En un caso de coacción *ex post*, el contrato ha sido celebrado de manera justa y las partes hubieran podido prever la situación que surgiera luego si hubiesen pensado en ese tema. Así, el tribunal debería preguntar si las partes con previsión suficiente hubiesen querido que la modificación posterior del contrato fuese exigible.

Dos ejemplos muestran cómo esta prueba debería aplicarse. En el primero, asumamos que las partes acordaron inicialmente intercambiar treinta unidades a un precio de US\$10 cada una. La demanda del producto resulta ser mayor de lo que las partes creyeron en un comienzo; sería más eficiente intercambiar cincuenta unidades. El vendedor ofrece transferir veinte unidades adicionales a un precio unitario, para las cincuenta, de US\$12. La utilidad del comprador será mayor en virtud de la modificación del contrato, y acepta los nuevos términos. El comprador no puede reclamar más adelante que fue coaccionado para aceptar un incremento de precio ya que, *ex ante*, el comprador hubiera deseado que el tribunal exigiera una modificación que pudiera favorecerlo más que cumplir bajo los términos contemplados en el contrato original.

Para analizar nuestro segundo ejemplo, retornemos al modelo de inversión específico para la relación que establecimos anteriormente. En él, sostuvimos que permitir al vendedor que interponga una demanda por el precio, disuadiría al comprador de su amenaza de renegociar después de que el vendedor haya invertido. Este argumento es bastante sólido, ya que los vendedores en algunos casos no podrían plantear una amenaza creíble de demandar. La amenaza del vendedor solo sería creíble si tuviera, o tuviera acceso conveniente a, el capital necesario para sostenerla hasta que pudiera reemplazarse el cumplimiento del comprador. Entonces, el comprador sabría que tendría que pagar voluntaria o involuntariamente. Por el contrario, a un vendedor con una obligación a corto plazo (tal vez haya comprado materiales al crédito y esté afrontando demandas de pago) le convendría más aceptar un precio de renegociación bajo, que iniciar un juicio. Al reconocer lo anterior, el comprador podría exigir la renegociación a pesar de que el contrato fuese exigible. No obstante, el contrato renegociado sería el producto de coacción *ex post*. Cuando se celebrara el contrato inicial, ambas partes habrían querido que un tribunal no exigiera una modificación redistributiva, es decir, una modificación que no generara nuevas riquezas sino que sólo redistribuyera el excedente del contrato de manera diferente al contrato original. A las partes les desagrada las modificaciones netamente redistributivas por dos razones. Como se mostró en la Sección III.2, la anticipación de dichas modificaciones puede destruir el esquema de incentivos de las partes para producir productos especializados eficientes. Asimismo, los recursos involucrados en la negociación de la modificación o protegerse de la misma constituyen una pérdida de eficiencia que reduce la ganancia conjunta de las partes en el contrato.<sup>48</sup>

La doctrina de coacción permite al vendedor cumplir con el contrato renegociado pero luego restablecer el precio en el contrato original. Ello se debe a que las modificaciones efectuadas bajo coacción no son exigibles. Como consecuencia, el vendedor en nuestro ejemplo podría aceptar el precio de renegociación de US\$ 40, entregar los bienes especializados y luego recuperar la diferencia entre el precio del contrato de US\$ 65 y el precio de renegociación más bajo. Los vendedores que tienen acceso a efectivo más fácil a largo plazo que a corto plazo, o que pueden vender su reclamo

<sup>47</sup> *Restatement (Second) of Contracts* (Segunda Reformulación de Contratos) §175, 1981.

<sup>48</sup> Los casos de coacción *ex post* son ampliamente consecuentes con la prueba que proponemos, a pesar de que los tribunales formalmente aplican los estándares del *Restatement*. Véase, por ejemplo, *Wolf contra Marlon Corp.*, (1959), 8r: A.2do., No. 625, N.J., p. 154; *Avian Instrument*, 8r: N.E. 2do., p. 272. Un análisis más exhaustivo del caso de coacción *ex post* se encuentra en el trabajo de SCHWARTZ, Alan, *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*. En *Journal of Legal Studies* No. 21, 1992, p. 271, p. 308 y No. 13.

legal, emplearán la doctrina de la coacción para recuperar su expectativa original. Por lo tanto, compradores sabrán que las promesas *ex post* de parte de los vendedores que no colocan a las partes a estados superiores al Pareto no son creíbles. La ley permitirá a un vendedor renunciar a dicha promesa y demandar el pago total. La falta de confiabilidad en las promesas de renegociación realizadas bajo coacción reduce el incentivo de aceptarlas (es decir, comportarse como el comprador en nuestro ejemplo). Así, la doctrina de coacción *ex post* constituye un aspecto importante de la función de exigibilidad ofrecida públicamente.<sup>49</sup>

En esta Sección, hemos sostenido que las compañías necesitan de la exigibilidad impulsada por el Estado a fin de que les permita realizar compromisos creíbles cuando sus promesas no son auto-exigibles. Sin embargo, un tribunal no puede exigir el cumplimiento de un contrato sin determinar primero lo que establece el mismo. Así, la preferencia de las partes por la exigibilidad ejercida por el Estado, implica, además una preferencia por el conjunto de teorías interpretativas que los tribunales podrían utilizar para interpretar sus contratos. A continuación, intentaremos identificar la teoría interpretativa en este conjunto que las compañías típicas preferirán comúnmente.

#### IV. LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA <sup>50</sup>

##### I. La pregunta interpretativa relevante

Existe consenso entre los tribunales y los comentaristas en que el objetivo apropiado de la interpretación contractual es hacer que el tribunal que exige el cumplimiento encuentre la "respuesta correcta". La "respuesta correcta" es la solución a un problema contractual que las partes pretendían proclamar. La intención, no obstante, está determinada de manera objetiva y prospectiva: la voluntad de una parte es interpretada de tal manera como su contraparte lo hubiera hecho de manera verosímil cuando celebraron el contrato.

Existen dos justificaciones para el objetivo de hallar la respuesta correcta. La primera parte de una visión, basada en la autonomía del derecho contractual. Esta justificación sostiene que el ejercicio de la coacción por parte del Estado contra una persona debe ser justificado. Una justificación suficiente sería que el tribunal está obligando a la persona a que realice lo que había acordado realizar.<sup>51</sup> Así, el tribunal debe determinar solamente lo que la persona había acordado hacer. La segunda justificación, es consecuente con una visión del derecho contractual basada en la eficiencia.

<sup>49</sup> Como pareciera obvio, la doctrina es simétrica: también se aplica para proteger a los compradores que han realizado inversiones específicas para la relación contra los vendedores que tratan de favorecerse a toda costa. La doctrina sería innecesaria si los mercados de capital fueran perfectos, o si los juicios por daños y perjuicios fueran perfectamente compensatorios. Entonces las partes podrían financiar todos los juicios favorables o recuperar todas las pérdidas. Sin embargo, los mercados de capital son imperfectos y las reparaciones por daños y perjuicios no siempre compensan plenamente.

<sup>50</sup> La Parte IV aborda casos en los que las partes han intentado solucionar su problema por escrito. El tribunal no es convocada para llenar vacíos sino que más bien se le solicita que descubre la intención de las partes en su acuerdo escrito. Una teoría de interpretación tiene dos aspectos: un conjunto de normas para determinar el contenido semántico de las expresiones de las partes, y un conjunto de normas para determinar la implicancia legal que debe atribuirse al contenido semántico. En este trabajo nos centramos en el primer conjunto de normas, porque ya hemos desarrollado una teoría normativa: los tribunales deberían exigir el cumplimiento de los contratos comerciales tal como las partes en el mismo hubiesen deseado que se acogieran las normas. No obstante, nuestra visión acerca de la separación de las normas que determinan la implicancia legal de las normas que rigen la interpretación no está libre de dificultades. Los tribunales que realizan la interpretación pueden estar influenciados por su visión sobre lo que constituye un buen resultado sustantivo cuando el significado de las partes no es evidente. Véase de CRASHWELL, Richard, *Offer, Acceptance and Efficient Reliance*. En: *Stanford Law Review* No. 48, 1996, pp. 481, 551-52. Ignoramos esta complicación asumiendo que el las normas de contenido semántico mejoran, disminuyen la necesidad de los tribunales de dar respuestas legales a preguntas de intención fáctica. Una teoría completa sobre la interpretación de contratos exploraría de manera más seria la relación real e ideal entre las preferencias sustantivas de un tribunal y su elección de un estilo interpretativo.

<sup>51</sup> La mayoría de las teorías basadas en la autonomía tienen como premisa una noción de "consentimiento" o del ejercicio de la voluntad, como hacer una promesa. Véase las fuentes citadas en la supra nota 25.

Bajo esta visión, las partes celebran contratos para maximizar el excedente que su trato puede generar. Este objetivo es irrealizable si los tribunales no exigen el cumplimiento de la solución de las partes, sino más bien imponen alguna otra solución. Así, el tribunal debe determinar la solución que las partes realmente adoptaron. Existe controversia en la literatura sobre si las reglas que utilizan los tribunales al intentar hallar la respuesta correcta son obligatorias en sentido formal, pero existe consenso en que es difícil que las partes escapen de las reglas.<sup>22</sup>

En nuestra opinión, el consenso actual plantea la pregunta equivocada. El compromiso con la soberanía de las partes respecto de los términos sustantivos del contrato, implica un mayor compromiso con la soberanía de las partes respecto del estilo interpretativo que debería emplear un juzgador para hallar los términos sustantivos. Las preferencias de las partes respecto de los estilos interpretativos judiciales pueden diferir. Por lo tanto, los estilos interpretativos deberían estar predeterminados. La pregunta relevante, entonces, es cuál debería ser el estilo mayoritario predeterminado. Planteado de otra manera, el asunto no es qué estilo interpretativo está mejor calculado para hallar la respuesta correcta. En lugar de ello, el asunto es qué estilo interpretativo quisieran las partes típicas que empleen los tribunales al intentar hallar la respuesta correcta. En el presente, sostendremos que el estilo mayoritario predeterminado es el willistoniano: las compañías típicas prefieren que los tribunales realicen las interpretaciones sobre una base probatoria estrecha cuyo componente más importante es el contrato escrito.<sup>23</sup> Esta norma propuesta revertiría el estilo interpretativo del UCC y convertiría al nuevo estilo interpretativo en un estilo predeterminado.

## 2. Los problemas interpretativos: problemas de significado y de lenguaje

Empezamos por aclarar dos problemas interpretativos que comúnmente se confunden: ¿Qué significa el lenguaje del contrato? y ¿en qué lenguaje se redactó el contrato? Para analizar por qué estos asuntos son distintos, supongamos que existen dos conjuntos de comunidades lingüísticas. El primer conjunto, denominado M, está compuesto por una sola comunidad lingüística. Esta comunidad M está conformada por jueces, abogados, empresarios y potenciales jurados. Los miembros de M leen y escriben en un lenguaje que denominamos el "habla de la mayoría" ya que es el lenguaje que las personas normalmente usan cuando se comunican entre ellas. El segundo conjunto se denomina P, y cuenta con muchas comunidades lingüísticas. Una comunidad en el conjunto P puede ser tan pequeña como el número de partes en un contrato específico, o tan grande como el sector en el cual operan las partes. El conjunto P tiene muchas comunidades porque existen muchas diadas de las partes y muchos sectores. Los miembros de cada comunidad en P pueden redactar contratos en su propia "habla individual" o redactarlos en el habla de la mayoría.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Un comentarista reciente se refirió a las normas de interpretación del UCC como "cuasi-obligatorias", siendo la idea que las normas son y deberían ser difíciles de evadir para las partes. Véase SNYDER, David V. *Language and Formalities in Commercial Contracts: A Defense of Custom and Conduct*. En: *SMU Law Review* No. 54, 2001, pp. 617, 648. Dado que la celebración de contratos tiene costos positivos, una norma cuasi-obligatoria será obligatoria en la práctica para muchas partes, quienes no estarán dispuestos a asumir los costos adicionales por especificar regímenes alternativos. Otros comentaristas consideran que las normas de interpretación son obligatorias. Véase, por ejemplo, de BEN-SHAHAR, Oriol. *The Tentative Case Against Flexibility in Commercial Law*. En: *University of Chicago Law Review*, No. 66, 1999, pp. 781, 792.

<sup>23</sup> Véase 4 WILLISTON, Samuel. *Contracts* §631, pp. 948-949 (Naker H.E. Jagger ed., Baker, Voorhis & Co., Inc. 3ra. Ed. 1961, 1920 (explica que la norma de la evidencia verbal "requiere, ante la ausencia de dolo, coacción, error mutuo o simónes, la exclusión de evidencia extrínseca, ya sea verbal o escrita, en la cual las partes han reducido su acuerdo a una redacción integrada"). El formalismo willistoniano se sustenta en dos argumentos básicos: (1) que los términos de un contrato pueden ser interpretados conforme a sus significados más sencillos, y (2) que los términos por escrito tienen prioridad sobre las expresiones de acuerdo verbales. Véase de PATTERSON, Dennis M. *Good Faith, Lender Liability and Discretionary Acceleration: Of Llewellyn, Wiggenstein and the Uniform Commercial Code*. En: *Texas Law Review*, No. 68, 1989, pp. 169, 187-188.

<sup>24</sup> Nuestro uso de la palabra "lenguaje" es un poco suelto. Los lingüistas dirían que cuando todos empleen palabras en inglés, el habla de la mayoría y los diversos tipos de habla individual constituyen dialectos diferentes de la misma lengua. Empleamos un descriptor más-lenguaje porque nos parece un sistema de clasificación más conveniente.



La existencia de múltiples comunidades lingüísticas genera los dos aspectos interpretativos que explicamos anteriormente. Imaginemos que las partes se encuentran en una controversia respecto del significado de su acuerdo escrito. Las palabras pueden ser vagas o ambiguas.<sup>14</sup> Si las partes llegan a un acuerdo sobre el lenguaje en el que se redactó su contrato, la tarea interpretativa del tribunal se limita a descubrir lo que las partes pretendían que el lenguaje dijera. Si las partes están divididas respecto del lenguaje que usaron, la tarea interpretativa del tribunal se amplía: el tribunal ahora debe preguntar primero, si las partes redactaron su contrato en el habla de la mayoría o en un lenguaje privado en particular. Esta pregunta genera un problema interpretativo adicional, ya que el lenguaje de un contrato podría significar simplemente  $m_1$  en la comunidad M pero también podría significar simplemente  $m_2$  en una comunidad dentro de P, donde  $m_1$  y  $m_2$  difieren. Por ejemplo, la palabra "esposa" en una oración en el testamento de John que diga "Le dejo mi dinero a mi esposa" significaría en la comunidad M que John le dejó su dinero a la mujer con la que estaba legalmente casado cuando falleció. En un caso muy conocido, sin embargo, John y otra parte redactaron un contrato para disponer de una parte del patrimonio de John al momento de su muerte.<sup>15</sup> En este contrato se empleó la palabra "esposa" para referirse a la persona con la que John estaba viviendo cuando falleció pero con la que nunca se casó legalmente; John se había separado de su esposa legal años antes sin divorciarse de ella. La palabra "esposa" en este ejemplo estaría clara para los miembros de la comunidad dentro del conjunto M y también estaría clara para la comunidad en particular dentro de P a la que pertenecían las partes en el contrato. No obstante, los dos significados difieren.<sup>17</sup> Así, la misma palabra o frase puede tener diferentes significados en diferentes comunidades lingüísticas, lo cual requiere que los tribunales hagan una elección: ¿deberían los tribunales permitir a las partes que redacten contratos en el lenguaje que las partes elijan, o deberían los tribunales crear un incentivo para que las partes empleen el habla de la mayoría interpretando sus contratos como si éstos hubiesen sido redactados en esa lengua?<sup>18</sup>

Existen dos enfoques tradicionales para hallar la respuesta correcta a las preguntas sobre el significado contractual y el lenguaje contractual. Difieren en el ámbito de la base probatoria que cada uno requiere para realizar interpretaciones. Para estar seguros, se requiere una base probatoria mínima para cualquier interpretación coherente. Esta base mínima se denota en el presente

<sup>14</sup> Los tribunales rara vez hacen distinción entre los términos "vago" y "ambiguo". Una definición judicial típica de ambigüedad, por ejemplo, incluye cualquier término o palabra que "no tiene significado definido o (...) que puede tener más de una interpretación sensible y razonable". *ROSS BROS. CONTR. CO. CONTRA EL ESTADO*, (1982). En P. 2do. Or. Ct. App., No. 650 p. 1000, 1002. No obstante, de manera más limitada, una palabra es vaga en la medida en que se puede aplicar a un amplio espectro de referencias, o a referencias que encajan en "un mejor caso" modal o a referencias distintas en personas distintas. Véase, por ejemplo, *Frigaliment Importing Co. contra B.N.S. INC'l SALES CORP.* (S.D.N.Y. 1960). En: F. Supp., No. 190, p. 116 (análisis si la palabra "pollo" incluye todos los tipos de pollo o sólo un subconjunto); *Higley contra Phelps*, (Md. 1939). En: A.2do., No. 5, pp. 824, 826 (determina si la venta de "todo el pavo" de una extensión se refiere también a la arena subterránea). Por el contrario, la "ambigüedad" requiere por lo menos dos significados distintos, por lo general inconsecuentes. Véase por ejemplo, *Petroleum Fin. Corp. contra Cockburn*, (So. Ct. 1957). En: F.2do., No. 241, pp. 312, 314-16 (análisis la falta de puntuación en un telegrama que tenía dos lecturas diferentes); *Raffles contra Wichelhaus*, (1864). En: Eng. Rep., No. 159, pp. 375, 375 (determina la obligación del vendedor cuando dos embarcaciones denominadas *Pierless* navegaban desde Bombay pero el vendedor se refirió a una de ellas y el comprador entendió que se trataba de la otra). El lenguaje comúnmente se vaga en el sentido de que el conjunto de objetos a los que se aplica una palabra rara pocas veces está delimitado con absoluta precisión. Pocas veces se produce una verdadera ambigüedad léxica.

<sup>15</sup> *In re Soper's Estate*, (Mem. 1935). En: N.W., No. 264, p.427.

<sup>16</sup> Para analizar un ejemplo moderno, véase *Columbia Nitrogen Corp. Contra Boyce Co.*, (4to. Ct. 1971). En: F.2do., No. 451, p. 3. En ese caso, el contrato especificaba un "tonelaje Mínimo Por Año" de 31,000 toneladas. El comprador adquirió menos que esa cantidad, pero el tribunal le permitió al comprador presentar evidencia de que, en el negocio entre las partes, los tonelajes mínimos mencionados eran "meras proyecciones que serían ajustadas de acuerdo a las fuerzas del mercado". Id. en 7.

<sup>17</sup> La distinción entre el habla individual de una parte y el habla de la mayoría puede ser borrosa en los extremos, pero sigue siendo útil de establecer en la mayoría de las cosas. Cuando el habla de una parte se correlaciona de manera cercana con el habla de la mayoría, por ejemplo, cuando los términos de un contrato son usados para establecer un sub-conjunto de significados generales que pueden atribuirse a los mismos términos en el habla de la mayoría, entonces puede ser difícil establecer la línea entre el habla de la mayoría y el habla individual. Consideremos un contrato que requiere que el vendedor

documento como  $B_{\text{mín}}$  y está compuesta por el contrato de las partes, una narrativa sobre si las partes cumplieron las obligaciones que el contrato parece exigir, un diccionario de inglés estándar, y la experiencia del intérprete y su entendimiento del mundo. Una teoría interpretativa willistoniana o "textualista", asume que los contratos por lo general tienen "significados simples" que son aparentes para los intérpretes judiciales. De manera formal, este punto de vista afirma que un tribunal puede hallar la respuesta correcta sobre la base probatoria  $B_{\text{mín}}$ . Los tribunales han agregado cinco categorías probatorias a esta base mínima: 1) la práctica de las partes en contratos anteriores; 2) la práctica de las partes en el contrato actual; 3) el testimonio acerca de lo que se dijo en las negociaciones; 4) documentos pre-contractuales escritos (memorandos, borradores previos, cartas); y 5) la costumbre en la industria relevante para determinar lo que significaban las palabras del contrato para las partes. Cuando un juzgador admite pruebas en las cinco categorías probatorias adicionales, denotamos la base probatoria como  $B_{\text{máx}}$ . Una teoría de interpretación "contextualista" sostiene que es más probable que un tribunal halle la respuesta correcta si la base probatoria se expande a  $B_{\text{máx}}$ .<sup>39</sup>

Una teoría interpretativa willistoniana tiene el efecto obvio de trincar la base probatoria que emplea un tribunal para realizar las interpretaciones, y también tiene el efecto de crear un incentivo para que las partes redacten contratos en el habla de la mayoría. Debido a que la misma palabra puede tener significados simples pero distintos en la comunidad única en el conjunto  $M$  y en una comunidad en particular en el conjunto  $P$ , una parte rara vez puede establecer que su contrato fue redactado en habla individual a menos que pudiera presentar evidencia extrínseca.<sup>40</sup> La teoría willistoniana prohíbe esta evidencia.<sup>41</sup> Asimismo, sobre esta teoría el tribunal considera principalmente el texto del contrato; así, las partes probablemente puedan reducir los errores interpretativos redactando el contrato en el lenguaje del tribunal. Por tanto, la teoría willistoniana resuelve dos problemas distintos: qué lenguaje deberían hablar las partes y qué evidencia es admisible para demostrar lo que las partes querían decir en el lenguaje permitido. Los contextualistas resuelven los primeros problemas, pero de manera distinta. Su teoría le permite a los tribunales considerar toda la evidencia material para resolver los problemas interpretativos; el efecto práctico de ampliar de esa manera la base probatoria, ha sido permitir a las partes redactar en cualquier lenguaje que elijan.<sup>42</sup>

Así, cualquier análisis de interpretación contractual debería responder dos preguntas. La primera, es la pregunta sobre el significado: ¿deberían los tribunales emplear bases probatorias amplias o limitadas para determinar el significado del lenguaje del contrato? La segunda, es la pregunta

entregue "camisetas rojas". Dada la amplitud de la categoría "rojo" en el habla de la mayoría, la evidencia acerca de la aplicación del negocio puede ser útil para delimitar los tonos de rojo que las partes consideraron permisibles. No obstante, sigue siendo confuso si las partes quisieron establecer un sub-conjunto más limitado de significado del término "rojo", específico para las partes. O si por el contrario buscaban establecer el significado más amplio asociado a la definición de la mayoría. La distinción entre el habla de la mayoría y el habla individual puede ser difícil de establecerse en dicho caso.

Por el contrario, los términos contractuales que obviamente contradicen las nociones de la mayoría establecen una línea clara entre el habla de la mayoría y el habla individual. Por ejemplo, en *Hunt Foods & Industries contra Dolner*, Dolner le ofreció a Hunt Foods una opción "incondicional" por escrito para comprar todo el stock de su compañía a un precio establecido en una fecha específica. (App. Div. 1966). En: N.Y.S.2da., No. 279, p. 937; declaración jurada. N.Y.S.2da., No. 272, p. 686. No obstante, las partes pretendían que "incondicional" significara condicional. Cuando los términos de un contrato contradicen tan claramente el significado para la mayoría, el contrato claramente está redactado en el habla particular de una parte. La decisión del tribunal de Nueva York que le permitió a Dolner testificar respecto del significado real del contrato puede verse como un permiso para que las partes redacten los contratos en su propio lenguaje privado. Id. Retornaremos a la distinción de dos lenguajes en un momento. También se discute en la Sección IV D, más adelante.

<sup>39</sup> Los académicos contextualistas no necesariamente insisten en  $B_{\text{máx}}$ . Por ejemplo, se reconoce que la evidencia en la categoría (3) es menos confiable que la evidencia en la categoría (4).

<sup>40</sup> La evidencia extrínseca en este documento se refiere a la evidencia en las cinco categorías probatorias adicionales que se indican en el texto.

<sup>41</sup> Un tribunal que aplica la teoría Willistoniana admitirá evidencia extrínseca sólo cuando el lenguaje del contrato sea vago o ambiguo en apariencia. Véase *Pyrell contra Keel*, (Va.2002). En: S.E.2da., No. 559, pp. 677, 678-679.

<sup>42</sup> En un caso muy conocido, el juez Taylor sostuvo que:

sobre el lenguaje: ¿debería el "valor predeterminado lingüístico" asumir que las partes redactaron en contrato en el habla de la mayoría salvo que su contrato indique lo contrario, o deberían los tribunales admitir siempre la posibilidad que las partes redactaron su contrato en un lenguaje privado? El efecto práctico de admitir esta posibilidad es permitir a una parte presentar evidencia en todas las categorías probatorias, para demostrar qué lenguaje emplearon las partes realmente. La Sección 3 a continuación sostiene que cuando el problema del lenguaje del contrato es solucionado pero el significado de dicho lenguaje es discutiblemente confuso, el valor predeterminado de la mayoría exigirá que los tribunales realicen interpretaciones empleando la base probatoria  $B_{\text{may}}$ . La Sección 4 sostiene entonces que el valor predeterminado lingüístico debería asumir que las partes han empleado el habla de la mayoría.

### 3. Preferencias de las partes respecto de los estilos interpretativos

Un estilo interpretativo puede evaluarse según dos dimensiones: 1) la probabilidad de que el estilo generará la respuesta correcta (tal como se define líneas arriba); y 2) los costos que dicho estilo impone al tribunal y a las partes. Basamos el cumplimiento de los estilos interpretativos judiciales en tales dimensiones en dos formas, de manera que juntas abarcan la mayoría de los casos relevantes. Ambos modelos suponen que el contrato es completo, en el sentido que la escritura expresa la solución de las partes para el problema contractual en cuestión. Sin embargo, las partes son conscientes de que su significado no será siempre transparente para un intérprete posterior. Además, enfrentan deliberadamente la posibilidad de que la interpretación realizada en el tribunal se pueda desviar de la respuesta correcta. Nuestro modelo inicial considera el conjunto de casos en los cuales los beneficios de las partes, bajo las condiciones del contrato, son monótonos y continuos en el ámbito de las interpretaciones judiciales. Es decir, el beneficio de una de las partes aumenta a medida de que la interpretación del contrato se torne más favorable para ello y disminuye a medida de que las interpretaciones se tornen menos favorables. En estos casos, las compañías prefieren que los tribunales realicen las interpretaciones sobre una base mínima probatoria  $B_{\text{min}}$ , salvo en circunstancias inusuales. Consideramos, entonces, un grupo de casos en los cuales los beneficios no varían hasta el punto del error judicial. Aquí, cada interpretación no favorable que se desvía de la respuesta correcta, tiene las mismas consecuencias negativas para la compañía, a pesar de que la interpretación se aproxime a la respuesta correcta o esté lejos de ella. En estos casos, las compañías tienen razones para preferir una base probatoria más amplia que  $B_{\text{min}}$ , pero sostenemos que los factores de los gastos de litigio lograrán que la mayoría de esas compañías prefiera que los tribunales utilicen una base probatoria más limitada. En conjunto, ambos modelos sugieren que cuando se haya hecho la pregunta de lenguaje contractual, pero permanezca el asunto relacionado a lo que significa el lenguaje, el estilo interpretativo de incumplimiento utilizado en los tribunales deberá ser textualista.

En ambos modelos, las partes celebran un contrato cuyo objeto es maximizar el excedente que pueda originar el contrato, y dividen dicho excedente a través del precio. Las partes requieren la intervención de un tribunal, en caso de que surja una disputa, para que de la respuesta correcta a una pregunta interpretativa. Anticipar que la respuesta sea correcta permite que las partes tomen medidas para maximizar el excedente. Las partes firman el contrato cuando este es óptimamente claro, en el sentido que se precisará a continuación.

\*El hecho que los términos de un instrumento parezcan claros pero un juez no impide la posibilidad de que las partes elijan el lenguaje del instrumento para expresar diferentes términos. Dicho posibilidad, existe cuando la acción de las partes acerca de las palabras empleadas difiere de la acción del juez. Así, la interpretación racional requiere por lo menos una consideración preliminar de toda la evidencia creíble ofrecida para probar la intención de las partes.

### 3.1. El caso del beneficio continuo

En este caso, por conveniencia nos enfocamos en el comprador. Indicamos el excedente en un negocio como  $s^*$ ; la parte del comprador es la diferencia entre su valorización  $v^*$  y el precio:  $s_b^* = v^* - p$ . La interpretación judicial que da la respuesta correcta se indica como  $i^*$ . De este modo, si el tribunal hace la interpretación  $i^*$ , el excedente contractual será  $s^*$  y el comprador realizará  $s_b^*$ . El contrato del ejemplo que consideramos requiere que el vendedor prepare las máquinas antes de enviarlas de manera que minimice los costos para el comprador respecto del ajuste de las máquinas para el uso que se les destine. Posteriormente, las partes discrepan sobre si el vendedor cumplió totalmente con su obligación de preparar las máquinas. Si el tribunal impone al vendedor una obligación de preparación que sea menor que la obligación que requería el contrato, interpretado correctamente, el negocio sería menos rentable para el comprador, y su ganancia se reduciría a  $s_b(-) < s_b^*$ . Si el tribunal impone al vendedor una obligación mayor que  $i^*$ , la ganancia del comprador se incrementaría a  $s_b(+) > s_b^*$ . Cada interpretación en el ámbito de las posibles interpretaciones judiciales genera de este modo un beneficio particular para el comprador. En este ejemplo de preparación del producto, los beneficios posibles del comprador son monótonos y continuos en el ámbito de las posibles interpretaciones; es decir, conforme las interpretaciones se tornan más favorables para el comprador, sus beneficios se incrementan y vice versa. Los posibles beneficios del vendedor son también monótonos y continuos, pero disminuyen a medida que aumentan los beneficios del comprador.

Cuando se analizan las preferencias de las partes en lo que se refiere a los estilos interpretativos, empezamos con la etapa del litigio y realizamos tres suposiciones: que 1) un tribunal que se basa solamente en la base probatoria mínima  $B_{min}$ <sup>41</sup> encontrará la respuesta correcta  $i^*$  con probabilidad positiva, 2) que la probabilidad de que un tribunal encontrará  $i^*$  algunas veces se incrementa si el tribunal considera la evidencia en las categorías adicionales a  $B_{min}$ , y 3) que los tribunales son imparciales. Inicialmente apoyamos el primer supuesto con el siguiente razonamiento. Debido a que el contrato escrito constituye la evidencia en otras categorías probatorias<sup>42</sup>, y los litigios son costosos, las partes se benefician al producir un escrito que esclarece a un tribunal posterior lo que se prometió. Por lo tanto, es plausible suponer que algunas veces los tribunales pueden distinguir las intenciones exactas de las partes basándose sólo en la base probatoria  $B_{min}$ . Para el segundo supuesto, asumamos que las partes especificaron las obligaciones de preparación del vendedor de manera detallada en un memorando pre-contractual firmado por ambas partes. El reconocer que dicho memorando sirve como evidencia, incrementará la probabilidad de que un tribunal proporcione la respuesta correcta a las preguntas interpretativas sobre la preparación del producto. Respecto al tercer supuesto, no hay razón para creer que los tribunales se desviarán sistemáticamente de la respuesta correcta  $i^*$  de modo que sean favorables en mayor o menor magnitud para las partes particulares o clases de compañías.

Estos tres supuestos nos permiten establecer formalmente la expectativa de las partes al momento de celebrar el contrato, respecto a los posibles beneficios que podría provocar una interpretación judicial. Si los tribunales son imparciales y pueden encontrar  $i^*$  sobre la base  $B_{min}$ , pero pueden también cometer errores, entonces el beneficio esperado del comprador en nuestro ejemplo, dado lo que realizará el tribunal posteriormente, puede expresarse como:

$$E(s_b(i) - B_{min}) = S_b(i^*) + \langle \langle \text{epsilon} \rangle \rangle$$

Par. Gas & Elec. Co. contra G.W. Thomas Drydock & Rigging Co., (Cal. 1968). En: P2do., No. 442, pp. 641, 645.

<sup>41</sup> Recordemos que  $B_{min}$  se compone del contrato escrito, un narrativo de cumplimiento, un diccionario, y la experiencia del intérprete y entendimiento del mundo.

<sup>42</sup> La sección 1-303(a)(1) (anteriormente sección 1-205(4)) del UCC estipula que cuando se da en conflicto, "los términos, explícitos prevalecen en el transcurso del cumplimiento, el curso de las negociaciones y el uso mercantil" U.C.C. § 1-303(a)(1)(2003).

La parte izquierda de este enunciado es el beneficio esperado del comprador dada una interpretación judicial  $i^*$  hecha sobre la base probatoria  $B_{\min}$ . El primer término en la parte derecha es el beneficio del comprador dada la interpretación correcta  $i^*$ ; el segundo es un término de error significado con media cero y variante positiva. Que el término "epsilon" tenga como media cero, significa que el tribunal es imparcial. En otras palabras, es igual de probable que el tribunal realice una interpretación que sea más favorable para el comprador (y menos favorable para el vendedor) que la respuesta correcta a que el tribunal realice una interpretación menos favorable. Por lo tanto, los errores judiciales se anulan, en expectativa. No obstante, el término de error tiene una variante positiva debido a que en un caso real la interpretación de un tribunal puede desviarse de la respuesta correcta.<sup>45</sup> Por lo tanto la expresión dice (en inglés) que cuando un tribunal se limita a la base probatoria  $B_{\min}$ , el beneficio esperado del comprador es igual al beneficio que el comprador espera recibir cuando celebró el contrato.

Cuando la variante en el término de error es mayor, las partes saben que es probable que la respuesta del tribunal se desvíe ampliamente de la respuesta correcta. Nuestro ejemplo del memorando de acuerdo previo respecto de la obligación de cumplimiento del vendedor muestra que agregar evidencia a  $B_{\min}$  puede lograr que la variante disminuya. En términos más simples, si las partes saben que la base probatoria en un proceso judicial posterior incluirá un memorando pre-contractual, estarán a la espera de interpretaciones posteriores para estar más cerca de la respuesta correcta.

Esta especificación de la relación entre error judicial y las expectativas de las partes, implica que las compañías comúnmente prefieran que los tribunales estén limitados a la base probatoria mínima  $B_{\min}$  cuando los beneficios sean continuos en el ámbito de las posibles interpretaciones. Para saber por qué, recordemos nuestro segundo supuesto: a medida que la base probatoria se aproxima a  $B_{\min}$ , la variante en el término de error se aproxima a cero. Una parte neutral frente al riesgo se preocupa la media de la distribución de la interpretación pero no la variante. Esto se debe a que al término de variante mide el riesgo mientras que las partes neutrales frente al riesgo son indiferentes a él. Por lo tanto, para una compañía neutral frente al riesgo es suficiente que la interpretación esperada  $E(i)$  sea igual a la interpretación correcta  $i^*$ . En otras palabras, la preferencia de una compañía al momento de contratar es que los tribunales realicen interpretaciones sobre la base probatoria mínima, a menos que no tenga costo ampliar la base. A medida la base probatoria permisible se va ampliando, cada parte tiene incentivos de presentar más pruebas y, a su vez, también necesitará refutar más pruebas. Dado que los procesos judiciales son costosos, compañías neutrales frente al riesgo son o willistonianos.<sup>46</sup>

Esta opinión no debe ser exagerada. Algunas compañías tendrán preferencias distintas. Recordemos el ejemplo de mercados volátiles en la Sección III.C anterior; Ahí, argumentamos que compañías que operan en mercados volátiles harían compras inmediatas a menos que una transacción particular fuese significativa con relación al tamaño de la compañía. En dicho caso, una compañía preferiría incurrir en los gastos de calibrar un contrato a fin de evitar los costos de interrupción que ocasionaría un mal mercado. Se puede obtener en este caso una preferencia similar. Así, cuando el

<sup>45</sup> Para los lectores no versados en estadística, la varianza es una medida de cuán lejos puede desviarse un resultado del significado de una distribución. De esta manera, si un tribunal es imparcial pero la varianza es grande, la interpretación que hace el tribunal en un caso real puede estar muy lejos de la respuesta correcta; en cambio, cuando la varianza es pequeña, es probable que el tribunal se encuentre más cerca de la respuesta correcta. Si el contextualista afirma que es correcto que la base probatoria más amplia genere interpretaciones más exactas (es decir, la varianza se reduce más), ocurre luego que el litigio donde el tribunal solamente ve  $B_{\min}$  es de mayor riesgo para las partes que el litigio donde el tribunal ve una prueba adicional; cuando el tribunal solamente ve  $B_{\min}$  es más probable que su interpretación se desvíe más de la respuesta correcta.

<sup>46</sup> Es una prueba imparcial que las compañías prefieren un estilo adjudicatario formalista. Ver de BERNSTEIN, *Merchant Law*, supra nota 31. BERNSTEIN, *Aviate Commercial Law*, supra nota 31, pp. 1735-1737.



cumplimiento de un contrato en particular es importante para la supervivencia de la compañía - digamos, un contrato con un gran proveedor, o cuando el contrato es nuevo y se espera que sea utilizado ampliamente, la compañía podría no estar dispuesta a arriesgar una interpretación seriamente desfavorable. Si los contextualistas consideran correcto que las bases probatorias más amplias reduzcan las variantes, entonces las partes que tengan variantes probablemente preferirán que los tribunales utilicen un estilo decisorio contextualista. En el ejemplo anterior, si las máquinas fuesen importantes para una empresa emergente y el comprador tuviese poco dinero en efectivo, el comprador ex-ante desearía que la base probatoria sea lo suficientemente extensa para un caso posterior, de modo que el memorando pueda ser considerado como prueba. Por otro lado, son pocos usuales los contratos que poseen esta cualidad de "apostar todo con éxito asegurado". En el caso más frecuente es suficiente que los tribunales, de promedio, logren acertar.

Volvamos a la etapa de creación del contrato, para considerar una justificación más profunda para nuestro primer supuesto. Es óptimo que compañías neutrales frente al riesgo inviertan recursos en el borrador del contrato hasta que la redacción sea lo suficientemente clara, de una manera objetiva, de modo que el promedio de la distribución de las posibles interpretaciones judiciales sea la interpretación *i*<sup>o</sup> correcta. Contratos redactados en menor detalle que este podrían generar interpretaciones distributivas cuyo medio podría encontrarse en cualquier lugar. Como consecuencia, las partes no podrían esperar que los tribunales protejan su interés expectativo en el caso de un litigio. Como esto sería ineficiente, compañías intentarían redactar contratos con la suficiente claridad para permitir que los tribunales encuentren las respuestas correctas, aunque con errores.

El debate actual entre los textualistas y los contextualistas es irrelevante para aquellos casos que se asemejen al ejemplo de cumplimiento y preparación. En ese ejemplo, hubo consenso en cuanto al lenguaje en el que se redactó el contrato, pero podría decirse que dicho lenguaje es poco claro. El contextualista afirma que una base probatoria más amplia reduce la variante. En efecto, si la base es lo suficientemente amplia, la variante se aproxima a cero, de modo que las partes creerán, al momento de celebrar el contrato, que el tribunal encontrará la respuesta correcta con seguridad. Como se señaló en nuestro ejemplo, tomando en cuenta el memorando, junto con la costumbre en la industria referente a las obligaciones de preparación del vendedor, dejaría poca duda respecto de lo que se supone que debía hacer el vendedor. El textualista, por el contrario, afirma que la variante no se reduce esencialmente con una base probatoria más amplia porque contratos con frecuencia tiene significados más simples. Por lo tanto, permitir a las partes que presenten pruebas adicionales referidas a la intención, generaría costos por encima de las ganancias. Los proponentes en este debate, por lo tanto, discrepan con relación a la amplitud de la base probatoria y la exactitud de la interpretación de un tribunal. Pero no es necesario que los tribunales decidan quién tiene la razón en el debate textualista-contextualista. Una mayor exactitud constituye una variante más baja, y partes comerciales por lo general son indiferentes frente a la variante. Así, tribunales que interpretan contratos tal como lo preferirían partes típicas también serían indiferentes frente a la variante, y susceptibles únicamente a los costos de administración de su estándar probatorio. De este modo, estos tribunales realizarían interpretaciones sobre la base probatoria  $B_{\text{máx}}$  a menos que las partes les indiquen lo contrario.

### 3.2. El caso del beneficio discontinuo

Ejemplificamos este caso, recordando el ejemplo del producto especializado de la Sección III.2. Denotamos la cantidad que el contrato requiere que el vendedor produzca como  $q_c$ . El vendedor produce  $q_v$  pero el comprador, posiblemente de manera sincera, afirma que el contrato requiere un nivel de calidad mayor. No está en discusión la calidad real del producto; el asunto es lo que dice el contrato. Si un tribunal decide que el contrato requería un nivel de calidad menor del que realmente entregó, denotamos la interpretación como  $q(-) < q_c$ . Si el tribunal decide que el contrato requería

un nivel de calidad más elevado del que entregó el vendedor, denotamos la interpretación como  $q(+)>q_c$ . Tal como se señaló anteriormente, asumamos que el tribunal es imparcial. Por lo tanto, la media de esta distribución de tres puntos es  $q_c$ ; la expectativa del vendedor respecto de una posterior interpretación judicial del contrato puede expresarse como  $E(\hat{q})=q_c$ .

Sin embargo, los beneficios del vendedor en este caso no son continuos en el ámbito de las posibles interpretaciones del tribunal, debido a la regla de la oferta perfecta.<sup>47</sup> Si un tribunal decide que el contrato requería de un nivel de calidad que fuese menor o igual a la calidad que entregó el vendedor, el vendedor puede recuperar el precio; si el tribunal decide que el contrato requería un nivel de calidad más elevado, el comprador puede rechazar y amenazar fehacientemente con una demanda por daños y perjuicios. El vendedor entonces se dará cuenta que los beneficios de una renegociación tal probable son menores al precio porque la amenaza de demandar por daños y perjuicios reduce su poder de negociación. El hecho de que interpretaciones judiciales sean imparciales no le importa a este vendedor, porque el vendedor no se beneficia de los errores judiciales en la parte baja de  $q$  (no puede recuperar un monto mayor al precio si ha entregado un nivel de calidad que es mayor al nivel que establece el tribunal), mientras que el vendedor se ve perjudicado por los errores judiciales en la parte alta de  $q$ , por más pequeños que sean (el comprador puede rechazar si el tribunal interpreta que el contrato requiere una calidad ligeramente más elevada de la que el contrato requería realmente). De esta manera, el vendedor desea que el tribunal halle la respuesta correcta con seguridad, incluso si dicho vendedor es neutral frente al riesgo.

La preferencia del vendedor tiene implicancia respecto de la eficiencia. En el caso del beneficio continuo, la posibilidad de un error judicial no origina una ineficiencia *ex ante*: ahí, donde el tribunal acierta de promedio, el beneficio esperado de una parte según el contrato es igual a su interés de expectativa. En el caso del beneficio discontinuo, veremos que, cuando un tribunal acierta en promedio, el beneficio esperado del vendedor según el contrato es menor que su interés de expectativa. Un tribunal enfocado hacia la eficiencia preferiría de esta manera ampliar la base probatoria a fin de reducir la posibilidad de error, y al hacerlo proteger mejor la expectativa de una de las partes.

Para ver como la posibilidad de error en el caso de beneficio discontinuo puede originar ineficiencia, y para analizar por qué. Sin embargo, nunca nos oponemos al hecho de lo predeterminado para este caso debería ser una base probatoria más amplia, generalizaremos la formalización utilizada más arriba. Ahora suponemos que las partes enfrentan dos posibilidades respecto a la interpretación del tribunal sobre su acuerdo. En primer lugar, hay una probabilidad positiva de que el tribunal pueda encontrar la respuesta correcta con seguridad sobre la base probatoria  $B_{seg}$ . Por ejemplo, el juez intérprete puede tener experiencia comercial o la narrativa de incumplimiento puede ser bastante reveladora. En segundo lugar, hay una probabilidad positiva de que el tribunal pueda cometer errores. Cuando es posible un error de alguna clase, las partes deben especificar una "distribución de error": cómo se pueden manifestar los errores en casos particulares. Como en el modelo inicial, dejamos que las partes asuman que los tribunales que pueden cometer un error son imparciales; en expectativa, es decir, se asume que los tribunales estén en lo correcto en promedio, pero las partes saben que cualquier interpretación real podría no ser exacta. Formalizamos esta escenario permitiendo que  $\langle\langle\text{beta}\rangle\rangle$  sea la probabilidad de que un tribunal intérprete halle la respuesta correcta con seguridad, y permitiendo que  $(1-\langle\langle\text{beta}\rangle\rangle)$  sea la probabilidad de que el tribunal solamente realizará una interpretación imparcial de los términos del contrato que regulan la calidad. Para simplificar esta presentación, continuamos con nuestro supuesto de que un tribunal imparcial

<sup>47</sup> Ver U.C.C. § - 601 ("Si los bienes o la oferta de entrega no cumplen en ningún aspecto con ajustarse al contrato, el comprador puede (...) rechazar todo (...).")

interpretará el contrato ya sea de manera correcta, o que requiera un nivel de calidad más elevado que la intención original de las partes, o que requiera un nivel de calidad menor del que se dio. Se asume que cada una de estas posibilidades ocurre con la misma probabilidad, es decir, un tercio de las veces. Completamos esta historia denotando el precio del contrato (la expectativa del vendedor) como  $k$  y el beneficio del vendedor en una posible renegociación como  $r < = k$ . Esto nos permite incluir los beneficios esperados del vendedor según el contrato, a partir del momento en el que las partes celebraron el acuerdo:

$$E(s) = \langle \langle \text{beta} \rangle \rangle k + (1 - \langle \langle \text{beta} \rangle \rangle) (2/3 k + 1/3 r)$$

Con probabilidad  $\langle \langle \text{beta} \rangle \rangle$ , el vendedor recibe el beneficio que el contrato señala, que es el precio  $k$ , porque el tribunal interpretará el contrato de manera correcta. Con probabilidad  $(1 - \langle \langle \text{beta} \rangle \rangle)$ , el tribunal hará una interpretación imparcial del nivel de calidad que el contrato requirió. Por lo tanto, cuando el vendedor ha cumplido o ha cumplido en exceso, lo que en total ocurre las dos terceras partes del tiempo, el vendedor recibe el beneficio contractual de  $k$ , y cuando el vendedor no ha cumplido, lo que ocurre un tercio de las veces, el vendedor recibe el beneficio de renegociación de  $r$ .<sup>48</sup>

El beneficio esperado del vendedor según el contrato ( $E(s)$ ) comúnmente será menor que el interés de expectativa del vendedor, que es el precio  $k$  del contrato. Esto se debe a que  $\langle \langle \text{beta} \rangle \rangle$  por lo general es menor a uno (se espera que el tribunal ciertas veces no halle la respuesta correcta con seguridad) y  $r$  por lo general es menor que  $k$  (el vendedor espera recibir un precio menor al del contrato en una renegociación). Dado que es eficiente proteger el interés de expectativa, las partes pueden incrementar el excedente elevando el beneficio esperado del vendedor. Nuestros supuestos respecto de la relación entre la amplitud de la base probatoria y la exactitud de una interpretación del tribunal implica que la probabilidad  $\langle \langle \text{beta} \rangle \rangle$  del hallazgo de la respuesta correcta por parte del tribunal, se eleve a medida que la base probatoria se extienda más allá de  $B_{\text{opt}}$ . Debido a que el beneficio esperado del vendedor, según el contrato se incrementa a medida de que se incrementa  $\langle \langle \text{beta} \rangle \rangle$ , a medida que el tribunal sea más exacto, las partes, a pesar de ser neutras frente al riesgo, tienen una razón para preferir una base probatoria más amplia que  $B_{\text{opt}}$ .<sup>49</sup> Sin embargo, ampliar la base probatoria no se realiza sin costos. Por lo tanto, las partes enfrentan una elección entre la eficiencia de la exactitud incrementada y la ineficiencia de mayores costos de la ejecución forzada del contrato.

Dos factores influyen en la manera cómo las partes realizarán esta elección. El primer factor, es el poder de negociación que tendrá el vendedor en una renegociación; a medida que el poder de negociación del vendedor sea mayor, más se aproximará el beneficio de renegociación  $r$  al beneficio contractual  $k$ , y más cercano estará el rendimiento esperado del vendedor al precio del contrato. Por lo tanto, cuando el vendedor espera tener poder de negociación, es menos probable que las partes *ex ante* prefieran la posibilidad de que se lleven a cabo intentos con el fin de incrementar  $\langle \langle \text{beta} \rangle \rangle$ , la probabilidad de que el tribunal realice una interpretación correcta. Recordemos

<sup>48</sup> Para ver por qué la nueva formulación generaliza el trato original, podemos volver a escribir el modelo inicial de manera que los tribunales siempre vez encuentren la respuesta correcta con seguridad. El beneficio esperado del comprador en el caso de pago continuo se expresa como  $\langle \langle \text{ecuación} \rangle \rangle$  porque  $\langle \langle \text{capa} \rangle \rangle$  tiene valor cero. El beneficio esperado del comprador igual es expectativa el beneficio correcto. Cuando se utiliza esta información más general, el segundo término en paréntesis igualará al interés de expectativa del caso de pago continuo, pero este término puede ser menor que la expectativa en el caso de beneficio discontinuo, como se encuentra más arriba en el texto actual. Esto se debe a que cuando los tribunales cometen un error en el último caso, el vendedor se expone al posible inconveniente de recibir menos de lo que esperaba en una renegociación, sin ningún beneficio concomitante.

<sup>49</sup> Además de ampliar la base probatoria, las partes también podrían incrementar el excedente modificando la estructura de recompensa del contrato. Véase el infratexto que acompaña a las notas 72-77. En vista de que el comprador se beneficiaría a través del precio de las acciones que incrementarían el excedente, el comprador aceptaría cualquiera de los métodos cuando éste estuviese justificado por el costo.

que el poder de negociación es una función de la tasa de descuento relativa de las partes, que comúnmente son las mismas, y los puntos de desacuerdo de las partes. El punto de desacuerdo del vendedor es en gran parte una función de cuán redistribuible es la inversión. El poder de negociación del vendedor se minimiza cuando, tal como se ejemplificó en la Sección III.2, la inversión no es redistribuible porque entonces su beneficio de desacuerdo será negativo.

Al realizar la elección entre exactitud y costo, las partes también considerarán un segundo factor: cómo un medio de prueba o categoría de prueba incrementará la probabilidad de que el tribunal realice una interpretación correcta. En el ejemplo anterior, se asumió que la presentación de una sola prueba, el memorando de acuerdo previo, incrementaría substancialmente la probabilidad de que el tribunal encontrara la respuesta correcta. De esta manera, el memorando fue muy productivo, generando un gran incremento en la exactitud a un costo bajo. Cuando se espera que la evidencia sea menos productiva, las partes están menos predispuestas a que los tribunales realicen las interpretaciones sobre una base probatoria amplia.

Este análisis de la elección relevante supone que las partes, en el caso del beneficio discontinuo, comúnmente preferirán una base probatoria estrecha para las interpretaciones. Muchos otros acuerdos se realizan para bienes relativamente estándares que pueden ser mejorados con la inversión especializada de una de las partes, más que para bienes que carecerían de valor en usos que no sean los que contemplen dichas partes. Por tanto, las partes, tales como el vendedor en este caso, de ordinario podrían redistribuir una fracción importante de su inversión, y así no estarían en desventaja en una renegociación. Mas aún, la típica elección que las partes esperan enfrentar posteriormente en un contrato no es si un medio probatorio en particular será aceptado o no; la elección será si el tribunal realizará las interpretaciones sobre la base de una moción para un juicio sumario, por ejemplo, sobre la base de  $B_{\text{est}}^{\text{est}}$ , o después del juicio, a menudo ante un jurado.<sup>70</sup> Los juicios pueden resultar bastante costosos. Por tanto, las partes preferirán bases probatorias amplias en caso de que su ejecución sea altamente especializada o cuando una categoría probatoria además de  $B_{\text{est}}^{\text{est}}$  sería muy productiva, una costumbre arraigada, por ejemplo.<sup>71</sup> Ya que estos ejemplos parecen abarcar solo la minoría de los casos, sostenemos que la preferencia mayoritaria en el caso del beneficio discontinuo también es para que los tribunales utilicen bases probatorias estrechas cuando realizan interpretaciones. Volviendo a la etapa de creación del contrato, las partes típicas invertirán recursos suficientes en el borrador solo con el fin de crear la base probatoria  $B_{\text{est}}^{\text{est}}$  que permitiría a un tribunal realizar una interpretación imparcial.

Además, las partes tienen la habilidad de proteger la expectativa del vendedor en el caso del beneficio discontinuo sin ampliar la base probatoria. Su método es cambiar la estructura del beneficio del contrato. La estructura del caso de beneficio discontinuo origina la posibilidad de que una parte

<sup>70</sup> Los tribunales consideran frecuentemente la prueba extrínseca al momento de interpretar el contrato escrito. Se explicó recientemente: la prueba extrínseca incluye la prueba acerca de las costumbres comerciales y la prueba acerca de los intercambios entre las partes que concierne en el transcurso del cumplimiento del contrato actual, el curso de las negociaciones de transacciones previas, o el historial de negociaciones del presente contrato. De manera frecuente, esta prueba extrínseca no solamente será documental y requerirá la evaluación de un testimonio oral acerca de las conversaciones entre las partes.

De WITFORD, William C., *The Role of the Jury (and the Fact/Law Distinction) in Interpretation of Written Contracts*, *Wis. En. Law Review*, 2001, pp. 931, 937. Más del 50 % de los casos contractuales en juicio en los tribunales federales son vistos por los jurados, y entre el 25% y el 30% son vistos por los jurados en los tribunales del estado. Véase de GALANTER, Marc, *Contract in Court: a Almost Everything You May or May Not Want To Know About Contract Litigation*, *Wis. En. Law Review*, 2001, pp. 577, 591, 598 *ibid.* 3, 602 *ibid.* 7, 625 *ibid.* 15.

<sup>71</sup> Sin embargo, Richard Craswell señala que los tribunales evalúan la probabilidad de las costumbres, evaluando los propósitos que pretenden lograr dichas costumbres. Véase de CRASWELL, Richard, *Do Trade Customs Exist?*, en *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law* 118, pp. 138-42 118, 138-42 (Jody S. Kraus & Steven D. Wisk eds., 2000) (en adelante, *Fundamentos de Jurisprudencia*). Lo que sugiere que es costoso admitir y objetar la prueba de la costumbre.

incurra en una gran pérdida debido a un pequeño error judicial. Por tanto, en este caso el vendedor podría ser perjudicado sustancialmente si el tribunal sostiene que tenía que producir solamente un nivel de calidad ligeramente más alto que el que el contrato interpretado correctamente requería. Es esta propiedad "incierto" de la regla de la oferta perfecta la que reduce el beneficio esperado del vendedor por debajo del precio. Sin embargo, las partes pueden responder a la necesidad de incrementar el beneficio esperado del vendedor celebrando el contrato fuera de dicha regla. La manera más común de hacerlo es utilizar el término de garantía habitual, el que contiene una cláusula de reparación y reemplazo que suprime el derecho del comprador de rechazar pero requiere que el vendedor repare o reemplace ofertas defectuosas o partes de las ofertas. Cuando el comprador no puede rechazar, el vendedor tiene derecho al precio, con los daños deducidos de dicho precio.<sup>72</sup> La garantía habitual elimina de este modo la incertidumbre de la regla de oferta perfecta, asegurando por lo tanto que las expectativas de ambas partes estén protegidas mientras crean que sus beneficios estarán determinados por la correcta interpretación de la cláusula de reparación y reemplazo.

Esta condición será cumplida porque la cláusula de reparación y reemplazo es analíticamente similar al término de preparación del producto considerado en la Subsección IV, 4.1. Bajo ese término, el beneficio esperado del comprador,  $E[s_c(i)]$  igualó al beneficio que habría recibido bajo la interpretación del contrato,  $s_c^*$ . Para ver por qué la cláusula de reparación y reemplazo tiene la misma propiedad, recordemos que la sección 2-719 del UCC permite que un vendedor limite los remedios del comprador a reparar y reemplazar<sup>73</sup>, mientras que la sección 2-608(1) permite al comprador "revocar su aceptación" solo si una "disconformidad perjudica sustancialmente el valor de los bienes para él".<sup>74</sup> La sección 2-719(2) autoriza a un tribunal a negarse a exigir el cumplimiento de la cláusula de reparación y reemplazo si "las circunstancias ocasionan (...) que el remedio limitado no cumpla con su propósito esencial (...)"<sup>75</sup> El comentario 1 a la sección 2-719 explica que esta autorización existe porque "debe haber al menos una buena cantidad de remedios para el incumplimiento de las obligaciones o deberes establecidos en el contrato".<sup>76</sup>

En vista de estas secciones, la tarea interpretativa bajo una cláusula de reparación y reemplazo no es decidir, según la regla de la oferta perfecta, si los bienes "no cumplen en ningún aspecto con ajustarse al contrato".<sup>77</sup> En cambio, la pregunta inicial para un tribunal es si el grado de éxito que logró el vendedor en la tarea de reparación o reemplazo fue tal como para proporcionarle al comprador "una buena cantidad de remedios". Si no fuera así, la cláusula se pierde operatividad y la pregunta cambia a si los bienes han sido "sustancialmente perjudicados" en cuanto a su valor. Los posibles beneficios del comprador bajo una cláusula de reparación y reemplazo, por tanto, se incrementan a medida que el tribunal requiere que el vendedor supere la correcta interpretación de la cláusula y disminuyen en la medida que el vendedor es permitido acusar un déficit, al igual que los beneficios en el caso de preparación del producto. Y dado que los beneficios del vendedor son en este caso una función de los beneficios del comprador, los posibles beneficios del vendedor también son continuos del mismo modo. Por lo tanto, ambas partes esperarán el beneficio según la cláusula de reparación y reemplazo para igualar, en expectativa, el beneficio que las partes esperaban. Esto implica que partes que eligen una garantía de reparación y reemplazo querrán que los tribunales interpreten dicha garantía utilizando la base interpretativa mínima  $B_{min}$ . Esto se debe, tal como hemos señalado, a que por lo general es suficiente para las partes que los tribunales estén en lo correcto en expectativa y no que siempre estén en lo correcto.

<sup>72</sup> Véase U.C.C. § 2-717

<sup>73</sup> Véase id. § 2-719

<sup>74</sup> Id. §2-608(1)

<sup>75</sup> Id. § 2-719(2)

<sup>76</sup> Id. § 2-719 com. 1.



### 3.3. Resumen

El caso en el que los beneficios de las partes son continuos en el ámbito de las posibles interpretaciones de un tribunal abarca mucho terreno. Esto se debe a que el caso surge con frecuencia "de manera natural", como en el ejemplo de preparación del producto, y también puede surgir "de manera artificial", como cuando las partes acuerdan crear beneficios continuos con el fin de incrementar la eficiencia de la estructura de sus beneficios. Las compañías en el caso de beneficio continuo prefieren por lo general que los tribunales sigan un estilo interpretativo textualista. El caso en el cual los beneficios de las partes son invariables ante el grado de error judicial es probablemente menos común. Incluso en este caso, sin embargo, las consideraciones del costo del litigio ocasionarán que la mayoría de las partes prefieran que los tribunales utilicen una base probatoria limitada. Por lo tanto, el mejor estilo interpretativo para las compañías es el textualista cuando el asunto es el significado del lenguaje del contrato.

Concluimos esta sección con un comentario relacionado a la práctica judicial. Los tribunales que realizan adjudicaciones del common law toman comúnmente un enfoque wilsoniano<sup>78</sup>, mientras que el UCC requiere en gran medida de un estilo interpretativo contextualista.<sup>79</sup> Sin embargo, por lo general los tribunales tratan las reglas interpretativas como obligatorias. Los jueces son reacios a apelar ante la maquinaria coercitiva del estado para requerir a una parte que cumpla con el contrato (o pague los daños) a menos que el juez esté satisfecho con el hecho de que el contrato realmente señala lo que dicha parte no cumplió. Aparentemente, los tribunales, no las partes, deben elegir las reglas que determinan cómo se leen los contratos. Esta opinión es comprensible pero equivocada. La ley generalmente permite que personas y compañías tomen decisiones durante litigios que podría conllevar a que los tribunales actúen sobre la base de una información no del todo completa. Por ejemplo, personas y compañías pueden prescindir del derecho de asesoría judicial, acepten fundamentos de hecho estipulados, y utilicen procedimientos de arbitraje sumario cuyos resultados requieren ser forzados. En síntesis, la ley generalmente sacrifica exactitud en adjudicación a las elecciones del interés propio de las partes. De manera similar, se debe permitir que las partes realicen ahorros en el costo de las interpretaciones del contrato sobre bases probatorias mínimas, incluso si, en cualquier caso determinado, las probabilidades de una interpretación exacta sean mayores con una base más amplia.<sup>80</sup>

## 4. Lenguajes privados, predeterminaciones lingüísticas y la norma de la evidencia verbal

### 4.1. La omisión lingüística preferida

Ahora consideramos el caso en el que las partes han escrito un contrato completo en algún lenguaje. El asunto consiste en que, si el contrato no se manifiesta al respecto, un tribunal debe crear un incentivo para que las partes redacten contratos en un lenguaje de la mayoría. La asunción

<sup>78</sup> Véase § 2-601 (con énfasis).

<sup>79</sup> Véase de LINZER, Peter, *The Comfort of Certainty: Plain Meaning and the Final Evidence Rule*, 71 *Fordham En. Law Review*, 2002, pp. 799, 805-806; de SCOTT, Robert E., *The Uniformity Norm in Commercial Law: A Comparative Analysis of Common Law and Code Methodologies*, En: *Fundaciones Jurisprudenciales*, (supra nota 7), pp. 149, 167-169.

<sup>80</sup> Véase § 1-205 com. 1 ("Esta Ley rechaza la interpretación del "diccionario para usuarios" y del "abogado" de un acuerdo comercial. En cambio, el significado del acuerdo de las partes se determina mediante el lenguaje que ellos utilizan y mediante su acción, lectura e interpretación en vista de las prácticas comerciales y otras circunstancias circundantes").

<sup>81</sup> Si las partes prefieren que los tribunales utilicen base probatoria que fuesen tan amplias como para ejecutar el tiempo judicial para decidir otras categorías de casos, entonces los tribunales deberían hacer caso omiso a la preferencia de las partes. El riesgo de ajustarse a las preferencias interpretativas de las partes parecería imposible, sin embargo, dado que las partes de los tiempos modernos por lo general parecen necesitar adjudicación para ser más breves de lo que actualmente son. Como resultado, mientras no haya efectos negativos de tenerse pacios de la deferencia judicial por las partes, respecto a los estilos interpretativos, el diferir de las preferencias interpretativas de las partes será eficiente en la mayoría de los casos contractuales modernos.

judicial alternativa sostendría que, en caso de un litigio, las partes prefieran tener la oportunidad de presentar evidencia extrínseca que partes relevantes del contrato fueran escritas en el lenguaje privado de las partes. A continuación establecemos cuatro razones por las cuales las "predeterminaciones lingüísticas" sostienen que los contratos se deben redactar en el lenguaje de la mayoría. La implicancia práctica de esta propuesta es que, cuando un contrato no habla del asunto, el tribunal no debe ir más allá de la base probatoria  $B_{\text{m}}$  cuando trata de identificar el lenguaje del contrato.<sup>80</sup>

Muchas partes preferirían la predeterminación lingüística que proponemos porque dicha omisión: 1) reduciría los costos de contratación; 2) minimizaría las oportunidades de comportamiento estratégico; 3) reduciría el riesgo de error judicial, y; 4) ampliaría el conjunto de contratos eficientes que las partes podrían redactar. Empecemos con el tema de los costos de contratación. Los comentarios de la sección 2-202 del UCC adoptan una fuerte omisión lingüística contextualista. El comentario 2 señala, por lo tanto: "(E)scritas se deben leer bajo la asunción de que el curso de los tratos anteriores (...) y los usos mercantiles se dan por hecho [es decir, debieron ser ayudas en la interpretación cuando se formuló el documento] (...) [a] menos que se invalide cuidadosamente (...)".<sup>81</sup> Pero si la omisión fuese inversa, las partes podrían celebrar el contrato fuera de una predeterminación lingüística de significado simple al mismo costo o un costo más bajo aún. Por ejemplo, considere que "Este acuerdo se debe leer en vista de las costumbres del comercio de las maquinarias". Las partes pocas veces describirían las costumbres reales en el acuerdo porque en la actualidad se incurre en costos contractuales con seguridad, mientras que se incurre en costos de resolución de conflictos en un futuro y de manera probabilística. De esta manera, por lo general será más barato pedirle a los tribunales que consideren las costumbres en caso luego puedan surgir diferencias irreconciliables.<sup>82</sup> Adicionalmente, la minoría de los contratos se redactan generalmente en un lenguaje privado, y las

<sup>80</sup> La posición que una parte debe poder mostrar acerca de que sus contratos se redactaron en el habla de una parte, algunas veces se justifica en causas de autonomía. Así, el Presidente de la Corte Suprema Traynor aplicó en *Pacific Gas & Electric Co. v. G.W. Thomas Drayage & Rigging Co.*: "En este estado, ... la intención de las partes como se expresa en el contrato es la fuente de los derechos y deberes contractuales. Un tribunal debe establecer y hacer efectiva su intención, afirmando lo que las partes quieren decir con las palabras que utilizaron", 3 Cal. 1968). En: P2d, No. 442, pp. 641, 644. Este argumento es incongruente como se estableció. Nada afirmaría que la Ley sobre dolo en materia de contratos interfiriere con la autonomía de la parte de una manera normativa, aunque algunas veces la Ley requiere que las partes formulen sus acuerdos de manera escrita. Véase U.C.C. § 2-201. No sería una interferencia grave con autonomía para los tribunales asumir también que las partes formulen sus acuerdos en el lenguaje del habla de la mayoría, si existen buenas razones para originar los incentivos que impiden este supuesto. De esta manera, se debatiría más de lo actual para mostrar que una visión de interpretación basada en la autonomía justificaría la regla que estableció el Presidente de la Corte Suprema Traynor, incluso si dicha visión se aplicase apropiadamente a las compañías.

<sup>81</sup> § 2-202 com. 2 (con énfasis)

<sup>82</sup> Algunos estudiantes sostienen que si los tribunales poseen el estilo *Willistoniano*, y que de ese modo se adopta implícitamente el habla de la mayoría como la omisión lingüística, por lo tanto las partes incurran en costos adicionales en la redacción del contrato para traducir su lenguaje privado al lenguaje de la mayoría con el fin de esclarecer sus intenciones a los intérpretes judiciales. Véase de GRAUS, Jody S. y WALT, Steven D., *In Defense of the Incorporation Strategy*, en *Foundations Jurisprudenciales*, suplemento 71, pp. 193, 197-200. Este argumento supone que las partes simplemente pueden no optar por las omisiones lingüísticas de significado simple que requieren traducciones costosas. Pero como se ha mostrado en el debate del texto, las partes pueden optar de manera menos costosa por un lenguaje privado, acordando en su contrato que, en caso surja una disputa, se debe presentar la evidencia, en vista de ese lenguaje. Además, aún cuando los contratos contienen el habla técnica de las partes, la mayoría de sus palabras estarán escritas en el lenguaje de la mayoría. Por ejemplo, las partes pueden atribuir un significado privado a la frase "dos-por-cuatro" (sopapas de madera descritos en los contratos de construcción que normalmente estaban destinados a tener dimensiones de 1 5/8 por 3 3/8 pulgadas), pero cada una de las partes utilizará un lenguaje privado para determinar la fecha de entrega, el precio y así sucesivamente. Estas partes desearían utilizar palabras con significados de lenguaje comercial para que se lean con un entendimiento comercial, pero no desearían palabras escritas en el lenguaje de la mayoría para que sea leído como si fuese especial. Además, si la omisión lingüística se da en el habla de las partes, por lo tanto, se requerirá que las partes que desean evitar las interpretaciones del habla de las partes del habla de la mayoría, identifiquen todos los términos de la mayoría y resguen explícitamente el uso de la evidencia extrínseca para interpretarlos. Por otro lado, al optar sólo por el habla técnica de las partes que desean incorporar, dichas partes pueden desarrollar más fácilmente dos tipos de lenguaje, por ejemplo, "Todas las medidas y especificaciones en este contrato se interpretarán en vista de la costumbre de la industria de construcción." Por lo tanto, si los tribunales son de estilo *Willistoniano*, sólo cuando las partes desean que así sea, no incurran en costos de redacción.

partes que los redactan los hacen cumplir frecuentemente con árbitros expertos, no jueces legos. Por lo tanto, una menor cantidad de partes tendría contratar fuera de una predeterminación que les haga suponer que tienen que redactar en el lenguaje de la mayoría, que redactar el contrato fuera de la predeterminación contraria.<sup>24</sup>

Una predeterminación lingüística de significado simple, es decir, una predeterminación que limite al tribunal a la base interpretativa  $B_{\text{simple}}$ , también reduciría el comportamiento estratégico. Para ver por qué, consideremos un contrato celebrado entre la parte A y la parte B, siendo que las reglas relevantes fueron escritas en el lenguaje de las partes. Supongamos que este contrato resulta perjudicial para la parte B. Por lo tanto, a B le gustaría plantear un tema de interpretación de manera estratégica, afirmando que el contrato fue redactado en el lenguaje de la mayoría con el fin de mejorar el poder de negociación de B quién podría plantear tal tema solo si demuestra de manera plausible que palabras en el lenguaje privado de las partes tienen un claro pero diferente significado en la comunidad lingüística de la mayoría. B podría plantear ese tema solamente si el significado simple distinto también libera a B del cumplimiento. Estas dos condiciones para evitar el tema de un lenguaje privado son difíciles de satisfacer porque mientras existen muchos lenguajes privados, solamente existe un lenguaje de la mayoría. Por lo tanto, solo sería una coincidencia si palabras de un lenguaje privado en particular tuvieran un significado simple pero diferente en el lenguaje de la mayoría que también favorezca a un litigante como la parte B. Ahora asumamos que el contrato está escrito en el lenguaje de la mayoría. La multiplicidad de lenguajes privados posibles permitiría que la parte B asevere muy fácilmente un significado privado útil. Un paso común, es afirmar que los precios o cantidades establecidos son solo "estimados" o "proyecciones" en el lenguaje privado que utilizaron las partes.<sup>25</sup> La predeterminación lingüística que asentimos reduciría la probabilidad de que este paso tenga éxito, por lo que una parte tendría que decidir antes de que surja una disputa para escribir en un lenguaje privado, y luego proponerle a la otra parte contractual que el contrato se redacte y se interprete en dicho lenguaje. La otra parte no estará de acuerdo a menos que dicho lenguaje realmente exista y tenga significados accesibles a los tribunales. De este modo, exigir que las partes ex ante afirmen que están redactando en un lenguaje privado, mejoraría en gran parte la preocupación de que una de las partes intentaría salvarse de un negocio perjudicial alegando que su contrato se redactó en un lenguaje privado mítico.

Las dos predeterminaciones lingüísticas en cuestión pueden ahora volver a considerarse en vista de este análisis. Si un tribunal siempre permitiese que las partes presenten pruebas de que redactaron en un lenguaje privado, entonces la parte que no salió favorecida tendría un fuerte incentivo para atribuir un significado ficticio favorable a un contrato redactado en el lenguaje de la mayoría. Una predeterminación que suponga que las partes estén redactando en el lenguaje de la mayoría, a menos que el contrato regule lo contrario, prevendría tal manipulación. Y, posteriormente, si las partes realmente redactaron en un lenguaje privado y celebraron el contrato fuera de la predeterminación willistoniana, resultaría difícil luego para una de ellas comportarse estratégicamente respecto a la interpretación porque, tal como hemos señalado, las condiciones para evitar los lenguajes privados en particular son muy estrictas. La predeterminación lingüística que supone que las partes

<sup>24</sup> Las reglas interpretativas actuales son obligatorias (o "casi obligatorias"). Para el propósito de nuestro debate en este caso, que se enfoca en las preferencias de las partes, las reglas deben ser tratadas como opcionales, para que sea más claro.

<sup>25</sup> En un caso, un contrato requiere que el comprador adquiera "aproximadamente 70,000 yardas cúbica de concreto" y también afirmaron que "las condiciones que no están incorporadas en este contrato serán reconocidas", *S. Concrete Serv., Inc. contra Mableton Contractors, Inc.*, (N.D. Ga. 1975). En: *F. Supp.*, No. 407, pp. 581, 582. El comprador adquirió un poco más de 12,500 yardas en un mercado decaído. *Id.* En el litigio, su alegación de que las partes en la negociación entendieron explícitamente que las cantidades específicas son presupuestos, fue rechazada. Véase *id.* pp. 585-586. Por otro lado, en *Columbia Nitrogen Corp. contra Royster Co.*, (4th Cir. 1971). En: *F.2d*, No. 451, p. 3, se aceptaron el curso de las negociaciones y la evidencia de uso mercantil para demostrar que el precio explícito y los términos de cantidad sólo cálculos considerables". *Id.* At 7 a.3.

estén redactando en un lenguaje de la mayoría, reduciría de este modo el comportamiento estratégico de manera más efectiva que las reglas en los comentarios al UCC actual.

Una omisión lingüística de significado simple, que suponga que las partes estén redactando en el lenguaje de la mayoría también reduciría el riesgo de un error judicial. Existe solo una comunidad lingüística mayoritaria, pero también muchas comunidades privadas posibles. Por lo tanto, cuando los lenguajes privados son permisibles, como lo son por lo general en la actualidad, un tribunal tiene dos tareas interpretativas: establecer el lenguaje de las partes y establecer lo que las partes dicen en ese lenguaje. El peligro de que un tribunal escoja el lenguaje equivocado es real, porque una comunidad lingüística privada puede ser tan pequeña como las partes particulares del contrato. De esta manera, la parte que no salió favorecida puede alegar de manera plausible que durante el curso de las negociaciones de las partes o sus negociaciones verbales mostraron que, en el lenguaje de las partes, "todo" significó "algo"<sup>86</sup>, que el acceder a la aceptación de una cantidad "mínima" significó que el comprador podía aceptar mucho menos<sup>87</sup>, o que una opción incondicional fuese realmente condicional.<sup>88</sup> Cuando una alegación de ese tipo parece falsa, pero resulta verdadera, el tribunal necesariamente malinterpretará el contrato.

Para ver por qué, recordamos nuestro argumento en la Sección IV. 3. según el cual las compañías están contentas de que los tribunales estén en lo correcto en promedio y estén siempre en lo correcto. El error en este caso es diferente del error descrito ahí. Por ejemplo, asumamos que un contrato utilice la palabra "rojo", y la parte que no salió favorecida persuade al tribunal, de manera equivocada, de que el contrato fue redactado en un lenguaje privado en el cual la palabra "rojo" significa "verde". Ambas palabras, rojo y verde, son imprecisas. En este ejemplo, el ámbito de las posibles interpretaciones judiciales se centraría alrededor de algún concepto de "verde", pero en este caso el tribunal no podría estar en lo correcto en promedio. Estaría intentando hallar el verdadero significado de verde, mientras que las partes, ex ante, desearían que el tribunal halle el significado correcto de rojo. Cuando los tribunales están equivocados respecto al lenguaje del contrato, sus construcciones son ineficientes porque sólo resulta eficiente proteger el interés expectacivo de una parte bajo el contrato que realmente redactó. Por lo tanto, las partes enfrentan un riesgo elevado de interpretaciones ineficientes cuando los tribunales siempre consideran las alegaciones de que el contrato se redactó en un lenguaje privado. Así, las partes típicas prefieren que los tribunales asuman que escribieron en un lenguaje de la mayoría.

Por último, la interpretación contextualista en general, y en especial la interpretación contextual que permite el uso de lenguajes privados, pueden truncar al conjunto de contratos eficientes que partes redactarán. Acabamos de sostener que la interpretación contextualista puede originar un riesgo moral. Es plausible creer que mientras más complejo sea el contrato, más fácil resultará que se originen disputas respecto a lo que dice el contrato y en qué lenguaje se redactó. Además, el litigio es más costoso en un régimen interpretativo contextualista porque las partes tendrán con más frecuencia juicios completos. El hecho de que los regímenes contextualistas incrementen la probabilidad y el costo de los litigios origina un incentivo para que las partes usen contratos más simples, pero posiblemente menos eficientes.<sup>89</sup>

Podemos aclarar este punto con un ejemplo. Asumamos que las partes pueden lograr un acuerdo complejo que generará un excedente neto asparado de US\$ 15 a un costo de US\$ 5 por

<sup>86</sup> Véase *Pac. Gas & Elec. Co. v. F2d*, No. 442, p. 641.

<sup>87</sup> Véase *Columbia Nitrogen Corp. v. F2d*, No. 451, p. 3.

<sup>88</sup> Véase *Hunt Foods & Indus., Inc. contra Doliner*, (App. Div. 1966). En: *N.Y.S.2d*, No. 270, p. 686.

<sup>89</sup> Un tratamiento formal de la relación entre los costos contractuales y de cumplimiento y la elección de las partes sobre el formato contractual aparece en SCHWARTZ, Alan y WATSON, Joel. *El derecho y la economía del contrato costoso*. En: *Journal of Law, Economics & Organization*, No. 20, 2004.

redactar el contrato. Las partes también pueden lograr un acuerdo más simple que generará un excedente esperado neto de US\$8 a un costo de redacción del contrato de US\$1. Las partes deben redactar el contrato complejo porque el excedente neto social esperado de US\$10 excede al excedente social esperado de US\$7 que originaría el contrato simple. Sin embargo, supongamos que exista una probabilidad de .3 de una disputa interpretativa cuando las partes utilizan un contrato complejo en un régimen interpretativo contextualista y que no hay probabilidad de disputa cuando las partes utilizan un contrato simple (formalmente, se necesita solamente una probabilidad más alta de que se origine una disputa cuando el contrato es complejo). Si se origina una disputa interpretativa, las partes, como en el caso del beneficio continuo descrito anteriormente, esperan que el tribunal interprete correctamente el contrato. La interpretación correcta permitiría que las partes obtengan (y dividan) el excedente que el contrato se redactó para obtener. En este ejemplo, las partes utilizarán el contrato simple si el costo del juicio excede los US\$10.<sup>97</sup> Debido a que se afirma que los costos del juicio se aproximan con frecuencia al monto en litigio de las disputas, no es antojadizo sugerir que el régimen interpretativo contextualista llevará a las partes a preferir los contratos simples. Para completar el ejemplo, supongamos que el costo del juicio sea de US\$12, de modo que las partes realmente usen el contrato simple. Ahora supongamos que el estado cambia a un régimen interpretativo textualista. Por comodidad, se permite que la probabilidad de una disputa sea la misma en ambos regímenes, pero ahora asumamos que la disputa interpretativa típica será resuelta por un juicio sumario a la mitad del costo del un juicio completo. Entonces las partes utilizarían el contrato complejo y maximizarían el excedente social.<sup>98</sup>

Cuando las partes consideren qué tipo de contrato redactar – qué tipo de trato crear – considerarán no solo los costos y ganancias al lograr el acuerdo al principio; también considerarán la probabilidad y los costos de posteriores disputas. En este ejemplo, cuando se agregan los costos de las disputas al cálculo, las partes, en un régimen interpretativo contextualista, utilizarán un contrato simple pero menos eficiente en lugar de un contrato complejo pero más eficiente. Para estar seguros, un ejemplo no puede demostrar que los regímenes interpretativos contextualistas siempre inducen a las partes a que utilicen contratos menos eficientes. La lección es más bien que un costo pasado por alto de estos regímenes es que algunas veces adquieren una mayor exactitud a un costo de contratación menos eficiente. Esta desventaja refuerza nuestra visión de que las partes generalmente prefieren una predeterminación lingüística de significado simple, lo que implica el uso del estilo interpretativo willistoniano.

Aquí el análisis nos permite esclarecer más el debate entre los contextualistas y los textualistas y también sugiere un nuevo entendimiento de la función de las cláusulas de fusión. Los contextualistas alegan que interpretaciones realizadas en función de bases probatorias amplias sean mejores que las interpretaciones hechas según las bases limitadas. Los textualistas no están de acuerdo con esta afirmación. El debate entre estos campos, como hemos mostrado anteriormente, no es relevante cuando el asunto es lo que dice el contrato. Las compañías comerciales están contentas con que las interpretaciones de su lenguaje estén correctas en promedio, no siempre en lo correcto, y por tanto prefieren las bases probatorias limitadas en lugar de las amplias. Sin embargo la disputa de interpretación toma bastante importancia cuando el tema interpretativo concierne el lenguaje en el que redactaron las partes. En ese caso, hemos sostenido, que una base probatoria amplia le da a la parte decepcionada la oportunidad de que el tema del lenguaje se plantee de manera estratégica.

<sup>97</sup> El retorno esperado del contrato complejo dada la probabilidad de disputa es  $7(\$15) + 3(\$15 - t) - \$5$ , en donde el primer término es la ganancia esperada en caso que no haya una disputa, el segundo término es la ganancia esperada del juicio ( $t$  es el costo del juicio), y el tercer término es el costo de hacer el trato. El retorno neto esperado del contrato simple es de \$7. Esto excederá al retorno del contrato complejo cuando  $t$  excede los \$10.

<sup>98</sup> En este ejemplo, cuando  $t = \$12$ ,  $1/2 t$  iguala a \$6, y el retorno esperado al usar el contrato complejo se incrementa a \$8.20, que excede la ganancia de \$7 del contrato simple.





#### 4.2. La norma de evidencia verbal

Una declaración típica de la norma de evidencia verbal señala que cuando los términos son "expuestos en una redacción con el propósito de las partes de ser la expresión final de su contrato", estos "no pueden contradecirse por la evidencia de ningún contrato anterior o de algún contrato oral contemporáneo, pero pueden ser explicados o complementados durante el desarrollo del cumplimiento, negociación o transacción".<sup>55</sup> Esta norma se presenta en una versión "sólida" y una "débil". Los tribunales que adoptan la versión sólida de la norma de evidencia verbal, deciden si el contrato escrito es ambiguo a partir del documento mismo; dicho en otras palabras, el tribunal da una interpretación sobre la base probatoria  $B_{ver}$ . Las cortes que adoptan la versión, débil escuchan toda la evidencia extrínseca antes de decidir si existe una ambigüedad.<sup>57</sup> La UCC se inclina por la versión débil, así como un número de tribunales del "common law".<sup>58</sup> Como debe ser aparente, esta versión de la norma de evidencia verbal se justifica si los tribunales considerasen toda la evidencia que tiene que ver con lo que las partes pretendieron; no se justifica si los tribunales solo consideran la evidencia que las partes, *ex ante*, desean que los tribunales vean.

Sin embargo, contrario al entendimiento convencional, el texto de la versión de la norma de la evidencia verbal del UCC adopta la predeterminación lingüística que argumentamos. El artículo 2-202 indica que la evidencia extrínseca puede "explicar o complementar" una redacción, pero no puede "contradecir" una redacción. Este lenguaje, cuando presenta su significado obvio, incentiva en gran medida a que las partes redacten según el habla de la mayoría. Para ver por qué, supongamos que una frase contractual tiene el significado simple  $m_{1r}$  en el habla de la mayoría, y otro significado  $m_{1p}$ , pero igualmente simple, en el habla de las partes. Si una parte puede presentar evidencia extrínseca explicando que, en realidad, el contrato tenía el significado  $m_{1p}$ , entonces la evidencia extrínseca jamás podría contradecir la redacción. El significado  $m_{1p}$  no contradiría el significado  $m_{1r}$ , porque la redacción, comprendida adecuadamente, nunca significó  $m_{1r}$ . Dicho de otro modo, si una parte pudiera introducir evidencia extrínseca a fin de demostrar que las partes quisieron decir "verde" cuando escribieron "rojo", la evidencia extrínseca podría "explicar" pero no "contradecir" su contrato. Una contradicción solo surgiría en caso que el contrato estuviera escrito en el habla de la mayoría y que la evidencia extrínseca fuera presentada para demostrar un significado en otro lenguaje distinto al  $m_{1r}$ . Por lo tanto, a menos que se leyera la palabra "contradecir" fuera del estatuto, el artículo 2-202 debe ser considerado para presuponer que los contratos están redactados en el habla de la mayoría, pero a fin de permitir la introducción de evidencia extrínseca que aclare ambigüedades en este lenguaje.<sup>59</sup>

de terceras partes. Véase de SMITH, Henry E., *The Language of Property: Form, Context, and Audience*. En: *Stanford Law Review*, No. 55, 2003, pp. 1105, 1177-1190. Los tribunales deben reconocer que el grupo de terceras partes que se beneficiaría de la interpretación fuera de contexto, es más amplio de lo que convencionalmente creían. Este grupo incluye a las partes que podrían utilizar provechosamente las soluciones del contrato que desarrollaron las partes anteriores.

<sup>55</sup> U.C.C. §2-202 (2003).

<sup>56</sup> Véase de POSNER, Eric, *The Parol Evidence Rule, the Plain Meaning Rule, and the Principles of Contractual Interpretation*. En: *University of Pennsylvania Law Review*, No. 146, 1998, pp. 533-534; de Whiford, *supra* nota 70, en p. 929.

<sup>57</sup> Véase, por ejemplo, de Ben-Shabat, *supra* nota 52, en 790; de Zander, *supra* nota 52, en pp. 624-625.

<sup>58</sup> Esta interpretación propuesta de la sección 2-202 fue realizada en *Southern Concrete Services, Inc. v. Contra Pbbleton Contractors, Inc.*, (N.D. Ga. 1975). En: *F. Supp.*, No. 407, p. 581. Aquel contrato requirió que el demandado tomara "aproximadamente 70,000 yardas cúbicas de concreto". *Id.* en p. 582. El demandado compró 12,542 yardas cúbicas. Defendió el juicio posterior con el argumento que la costumbre de transacción y los contratos complementarios entre las partes mostraban "que la cantidad estipulada en el contrato no era obligatoria (...) y que tanto la cantidad como el precio explícito sería contradichos por haber entendido que el requerimiento no era obligatorio. Dado de este modo: "Admitir la evidencia de un contrato que contradiría los términos expresos del mismo, claramente se apartaría del propósito de §2-202". *Id.* en p. 585.

### 4.3. La evidencia del desarrollo del cumplimiento

De manera explícita, la UCC invita a los tribunales a considerar el desarrollo del cumplimiento de las partes en virtud de un contrato.<sup>100</sup> Se dice que dicha evidencia es "siempre relevante" para el significado del contrato.<sup>101</sup> Sin embargo, si el estado debe dar la teoría interpretativa que las partes desean, entonces el complementar los contratos con evidencia de desarrollo del cumplimiento sería, a menudo, un error. El desarrollo del cumplimiento de las partes bajo un contrato es distinto a la evidencia de otras categorías probatorias porque se puede ofrecer no solo para demostrar lo que las partes querían en principio, sino también para probar que el significado que tenían las partes cambió. De tal modo, la evidencia que el comprador aceptó los envíos en niveles de calidad por debajo de los niveles especificados en el contrato, puede demostrar que las partes modificaron el requerimiento de calidad del contrato. Admitir la evidencia de desarrollo del cumplimiento para probar un cambio de significado es consistente con la norma de ley contractual tradicional que se puede deducir el acuerdo de las partes a partir de actos o su silencio.<sup>102</sup> Sin embargo, los tribunales deberían ser reuentes a admitir evidencia de acto o conformidad que demuestre un cambio en el significado de un contrato escrito. La existencia de una redacción indica que las partes creyeron, en algún momento, que las ganancias por escribir las cosas superaron los costos. Ante la ausencia de evidencia que este cálculo haya cambiado, la mejor conclusión a la que se puede llegar es que las partes quieren que también se escriban las modificaciones. Si esta conclusión no es convincente, lo llegará a ser cuando el contrato contenga un término que requiera que se redacten las modificaciones. No obstante, los tribunales que aceptan la invitación del UCC, a menudo sostienen que aquella conducta puede afectar la exención de la cláusula de "no modificación oral".<sup>103</sup>

El Código y el uso de la evidencia de desarrollo del cumplimiento de los tribunales para establecer un cambio en el significado refleja un malentendido de las intenciones probables de las partes. Para ver por qué, considere el ejemplo del nivel de calidad del párrafo anterior. Supongamos que el precio del contrato fue de US\$2000 por lote entregado, y que el contrato contenía una cláusula de no modificación oral además de la especificación de calidad. Las partes esperan que a veces sucedan desviaciones de la calidad del contrato especificada. Para el comprador, la pérdida esperada de la desviación promedio (la probabilidad de una desviación multiplicada por el costo) es de US\$100. De este modo, a veces una desviación creará un costo que se acerque a cero (tal vez el comprador tenga clientes que perdonan o la deficiencia de calidad puede ser corregida rápidamente). Otras veces, una desviación puede imponer una pérdida cuyo valor esperado iguale o excede los US\$500 (por ejemplo, el comprador tiene un cliente nuevo y potencialmente grande para quien la calidad es importante, o la desviación particular sería lento para ser corregida en un periodo de alta demanda). Asimismo, las partes saben que el costo no sería costo-justificado si se trata de litigar en contra de la caída de calidad promedio (el costo de litigación sería, por ejemplo, de US\$150 por desviación).<sup>104</sup>

<sup>100</sup> §2-202(a).

<sup>101</sup> U.C.C. §2-208 cmt.2 (1989) (sabiendo que "un desarrollo del cumplimiento es siempre relevante para determinar el significado de un contrato). El Artículo revisado, aprobado en 2001, sustancialmente mantiene la definición de la sección 2-208 del "desarrollo del cumplimiento" en una nueva sección 1-303(a), pero borra los comentarios de la sección anterior 2-208. Véase U.C.C. §§1-303, 2-208 (2003). Actualizado y revisado, el Artículo 1 ha sido adoptado solo en algunos estados. La Sección 2-208 y sus comentarios permanecerán como parte del UCC promulgado en la mayor parte de las jurisdicciones.

<sup>102</sup> Véase, por ejemplo, U.C.C. §2-208 cmt. 1 (1989) ("Las mismas partes conocen mejor a qué se refirieron a través de sus palabras de contrato, y su acción bajo tal contrato es el mejor indicador de cuál fue su significado.") En el estado legal actual de la sección 2-208, véase *supra* nota 101.

<sup>103</sup> Véase de U.C.C. §2-209(4) (2003) ("Aunque un intento de modificación o rescisión no satisface los requerimientos del artículo (7) [excluyendo las modificaciones a excepción de una redacción firmada] (...) puede operar como exención"). El Comentario 4 explica que "el objeto del artículo (4), a pesar de las disposiciones del artículo [ ] (7) (...), es evitar que los dispositivos contractuales que excluyen la modificación a excepción de una redacción firmada limiten en sí mismos respecto al efecto legal de la conducta posterior de las partes". Id. §2-209 cmt. 4.

El contrato de este ejemplo tiene tres características salientes: 1) el precio no cae cuando el nivel de calidad provisto decae; 2) existe una especificación escrita de la calidad que el vendedor tiene que entregar y; 3) existe una cláusula de no modificación oral. Estas características contractuales unidas al costo de desviación apoyan dos conclusiones con respecto a la relevancia interpretativa de la evidencia de desarrollo del cumplimiento. En primer lugar, las características 1) y 2) junto con nuestros supuestos de costo implican que las partes no esperan litigar sobre la desviación de calidad promedio. Más bien, el comprador aceptará las entregas no conformes que originen pérdidas promedio con el costo de estas desviaciones reflejadas en un precio fijo más bajo. La característica 3) —la cláusula de no modificación oral— implica que el vendedor no debería inferir de una serie de aceptaciones de productos cuyos defectos causan que el comprador incurra en pérdidas aproximadas al promedio (o menos) que el comprador también aceptará una entrega no conforme que causaría una pérdida mayor. La segunda conclusión que el ejemplo apoya es que las desviaciones de alto costo en la calidad del producto están prohibidas.

Este ejemplo contiene una característica importante de comportamiento contractual. Cuando las partes comerciales incurren en costos a fin de asignar obligaciones de manera escrita, en parte lo hacen para permitir que una parte mantenga sus derechos bajo el contrato escrito cuando el hecho de mantener sus derechos sea importante. Por lo tanto, la evidencia de desarrollo del cumplimiento normalmente será irrelevante para demostrar lo que el contrato quiso decir al principio o lo que actualmente quiere decir. El comportamiento amical de las partes tras el contrato probablemente evidencia sólo su punto de vista en cuanto a cómo debería tratarse el caso promedio. Sin embargo, los tribunales ven el caso inusual que los contratos fueron redactados para regular.<sup>105</sup> Así, los tribunales deberían reconocer que, a veces, las partes tienen intenciones múltiples. Sus acciones en virtud del contrato evidenciará sus intenciones para casos típicos, pero rara vez evidenciarán sus intenciones en un caso atípico. De este modo, es probable que el tribunal cometa un error de categoría cuando se base en el comportamiento de las partes en casos no litigados para deducir cómo es que las partes desean tratar el caso litigado.<sup>106</sup>

## V. EL PROYECTO DE LA PREDETERMINACIÓN LEGAL

En la Parte IV, argumentamos que las partes sofisticadas mayormente prefieren una teoría predeterminada de interpretación que instruya a los tribunales a emplear bases probatorias estrechas y a suponer que contratos comerciales están redactados en el habla de la mayoría. Los tribunales sólo pueden interpretar lo que se dice, de modo que nuestro análisis supuso que la redacción de las partes estuvo completa para los temas a tratar. No obstante, los contratos están, a menudo, incompletos en puntos relevantes. Por lo tanto, ahora consideramos si las compañías preferirían que

<sup>105</sup> El modelo de Ben-Sharar fue el que animó este ejemplo, pero aparentemente supone que las desviaciones imponen la misma pérdida en cada período en lugar de la misma pérdida en promedio. Ben-Sharar, *supra* nota 52, en pp. 796-800. Basados en su supuesto, las partes son indiferentes frente a si los tribunales admiten la evidencia de desarrollo del cumplimiento para demostrar el cambio de significado. Posteriormente, Ben-Sharar habla sobre el supuesto de la misma pérdida y concluye manifestando, al igual que nosotros, que la versión débil de la norma de la evidencia verbal no será beneficiosa para las partes típicas.

<sup>106</sup> Aquí, nuestro argumento es similar a la opinión de castumbre de Karl Llewellyn. El casturo que las costumbres gobiernan los casos ordinarios pero rara vez son relevantes en los casos inusuales originados por las partes para litigar. Véase de SCHWARTZ, Alan, *Karl Llewellyn and the Origins of Contract Theory*, in *Judicial Federalism*, *supra* nota 71, pp. 12, 16.

<sup>107</sup> Los árbitros obedecen las instrucciones interpretativas de las partes, y no así los tribunales. Así, nuestro análisis identifica un motivo por el que las partes recurren al arbitraje, pero no apoya la inferencia que las partes recurren a los tribunales porque prefieren los árbitros interpretativos actualmente empleados. Existen otros motivos por el que recurrir a los tribunales, tales como, la habilidad para obtener pruebas, apelaciones, la ley sustantiva aplicada por expertos, crear precedentes electivos, entre otros. Véase de ABRAHAM, Kenneth S. y MONTGOMERY, J.W., II, *The Lawlessness of Arbitration*, En: *Connecticut Insurance Law Journal*, No. 9, 2003, p. 355, de KNAPP Charles L., *Isling Contracts Pivotal: The Quiet Revolution in Contract Law*, En: *Fordham Law Review*, No. 71, 2002, p. 761. El uso amplio de términos de fusión y modificación no oral en los contratos creados para los tribunales sugieren, en línea con nuestras opiniones, que las partes que prefieren la exigibilidad de cumplimiento judicial también prefieren la posibilidad de cumplimiento bajo un estilo interpretativo dístico.

el estado complete estos contratos con términos legales predeterminados. La respuesta un tanto sorprendente a la que llegamos a partir de la teoría del contrato es que la mayoría de las predeterminaciones creadas por el estado serían inútiles o ineficientes. Las compañías preferirían que el estado no cree predeterminaciones ineficaces porque entonces las compañías contratarían fuera de ellas; de modo que el único efecto que estas predeterminaciones tendrán es el incremento de los costos de transacción.

Las partes comerciales comúnmente desean condicionar sus obligaciones sobre la naturaleza de sus socios contractuales o en el estado del mundo que se materializará después que el contrato haya sido redactado. Por ejemplo, a un vendedor le gustaría condicionar su obligación de garantía en base a la intensidad de uso del comprador: el vendedor cobraría más o garantizaría menos para usuarios más intensos porque es más probable que estos usuarios hagan más reclamos. Asimismo, a un comprador le gustaría condicionar el precio o cantidad a partir de la naturaleza de la demanda *ex post*. Si resulta que la demanda es alta, el comprador pagaría más o adquiriría más producto, pero el comprador optaría por el menor precio o por menos producto si la demanda fuera baja. Estas consideraciones implican que inevitablemente los contratos sean incompletos. Existe una infinidad de posibles estados futuros y un gran conjunto de posibles tipos de socios. Cuando la suma de posibles estados y tipos de socios es infinita y la celebración de contratos es costosa, los contratos tendrán vacíos. Las partes no pueden redactar contratos que engloben todo.

Algunas veces los contratos incompletos producen juicios porque las partes no siempre estarán de acuerdo *ex post* con respecto al tratamiento de las contingencias omitidas.<sup>107</sup> En tales casos, los tribunales ya no pueden involucrarse simplemente en la interpretación porque, por definición, los contratos carecen de palabras que interpretar. De este modo, la función de los tribunales cambia del desarrollo de las normas a resolver los casos de vacío. Por consiguiente, algunas normas predeterminadas son creadas judicialmente.<sup>108</sup> Asimismo, el Restatement y los legisladores crean predeterminaciones cuando, desde su punto de vista, es probable que ciertos vacíos vuelvan a repetirse. Aunque nuestro análisis tiene relevancia para los tribunales, aquí principalmente nos enfocamos en el Restatement y el UCC, con la sola pregunta de cuándo el estado puede crear buenas predeterminaciones para las partes comerciales.<sup>109</sup> En particular, proporcionamos criterios para predeterminaciones eficientes y manifestamos que estos criterios difícilmente satisfacen a los legisladores.

## I. El caso para las predeterminaciones

El punto convencional es que, si no fuera por el costo, las partes redactarían contratos completos. El estado puede incrementar la eficiencia en aquellos casos donde los costos de celebración de contratos impiden que las partes resuelvan problemas contractuales. Para ver cómo, veamos el problema para desarrollar una norma de daños, un término de contrato que especifique la transferencia, o el método de calcular la transferencia, que una parte debe pagar a la otra parte del

<sup>107</sup> Las partes tienden a omitir los estados de probabilidad baja. Por ejemplo, si se piensa que la baja demanda es bastante improbable, las partes no incurrirán en el costo contractual para especificar sus obligaciones en el estado de muy baja demanda. Un juicio podría surgir si ese estado se materializa y las partes no pueden estar de acuerdo en un nuevo precio.

<sup>108</sup> Debido a que estas normas son facilitadoras, los tribunales deberían permitir que las partes futuras los cambien. La creación judicial de tales omisiones que llenan vacíos no es inevitable. Más bien, un tribunal puede rechazar la exigibilidad de cumplimiento cuando los votos originales que un contrato sea obligatoriamente incompleto, es decir, cuando los términos que el contrato posee resultan ser un fundamento insuficiente sobre el cual dar una solución. La norma del "common law" es aquella en que los contratos que dejan términos materiales incompletos o indefinidos no son legalmente vinculantes. Puede ser paradójico que la norma de indefinición es una omisión en sí misma. Las partes pueden disentir de ella especificando de manera más completa sus obligaciones en el contrato.

<sup>109</sup> Las omisiones del Restatement son distintas a las de los legisladores porque una reformulación no es auto-exigible. Una disposición de reformulación no puede legar a ser una omisión legal hasta que sea, primero, promulgada por el Instituto de Ley Americano (ALI, por sus siglas en inglés), luego, adoptada por un tribunal al momento de resolver un conflicto. De este



contrato en caso de incumplimiento. Cualquier conjunto particular de partes asumiría el costo total para resolver este problema, pero probablemente no podría capturar la ganancia total porque sería difícil evitar que las partes posteriores copien las soluciones exitosas que surgieron en los términos del contrato.<sup>110</sup> En esta circunstancia, la ganancia social total de tener una norma —una solución al problema de celebrar contratos— puede superar el costo social, pero las partes mismas no crearán la norma. Por lo tanto, existe un caso para una ley contractual públicamente dada que contiene soluciones eficientes para problemas contractuales comunes.<sup>111</sup>

Esta conclusión implica que las normas legales contractuales deberían ser predeterminaciones. Esto es porque, en una economía grande, las partes son heterogéneas de modo que no todos querrán lo mismo. La justificación para una norma de omisión es que hace para las partes lo que ellas hubieran hecho si los costos de celebración de contratos hubieran sido menores. Así, las partes que pueden hacerlo por sí mismas, es decir, que pueden crear sus propias soluciones, deberían ser libres de hacerlo. Mientras que esta conclusión parece obvia, a veces los tribunales crean barreras para celebrar contratos fuera de las normas de *Restatement* o de la UCC, basados en que estas normas reflejan soluciones mejores o más justas comparadas a aquellas que las partes desarrollan.<sup>112</sup> Por otra parte, argumentamos que las mismas partes comerciales son los mejores jueces de cuál es una buena solución contractual, y que las normas predeterminadas no deberían ser tomadas basándose en lo que es justo.

Tal vez una forma más precisa de definir sobre qué base los legisladores deberían escoger las predeterminaciones, es que una buena predeterminación disminuye los costos contractuales. Las partes, de tener la libertad, sustituirán o modificarán los términos provistos por el estado con los que no estén de acuerdo. En un mundo de libertad contractual, las predeterminaciones poco populares aumentarán los costos contractuales, pero no afectarán el comportamiento de las partes. Como consecuencia, el poder del estado se ve limitado a reducir los costos contractuales, lo que se logra de mejor manera al promulgar predeterminaciones populares. Esto deja una pregunta abierta: ¿Qué determina que una predeterminación sea popular? En general, esta es una pregunta difícil de responder, pero, según lo que hemos visto, las compañías prefieren términos de contrato que maximicen el beneficio conjunto. Las predeterminaciones serán populares entre las compañías si es que maximizan el beneficio conjunto y serán impopulares si no lo hacen.<sup>113</sup>

---

modo, aquí nuestro análisis se aplica tanto a las legislaturas privadas que promulgan omisiones como a los tribunales que las adoptan.

<sup>110</sup> Para los análisis de cómo se expanden las innovaciones contractuales, véase de DAVIS, Gerald F. *Agents Without Principles? The Spread of the Prisoner's Dilemma Through the Intercompany Network*. En: 36 *Admin. Sci. Q.*, 1991, pp. 583; y de DAVIS, Gerald F. y GREVE, Henrich R. *Corporate Elite Networks and Governance Changes in the 1980s*, *Am. J. Soc. I.*, 1997, p. 103.

<sup>111</sup> Véase de GOETZ, Charles J. y SCOTT, Robert E. *The Limits of Expanded Choice: An Analysis of the Interaction Between Agents and Implied Contract Terms*. En: *California Law Review*, No. 73, 1985, pp. 261, 291-293.

<sup>112</sup> Véase id. En 284-85. El comportamiento de los tribunales explica la presión (blotting) interna por parte de las compañías con respecto a las revisiones propuestas en el Artículo 2, especialmente de los términos de garantía. Véase de SCOTT, Robert E. *Acc and Pol of Article 2*. En: *Louisiana Law Review*, No. 62, 2002, pp. 1009, 1049-1053. Las compañías saben que la acción judicial puede hacer que una omisión UCC sea pagada en la práctica.

<sup>113</sup> Russel Korobkin manifestó que el "efecto de dotación" no permite que las omisiones cambien fácilmente. Sujetos individuales de experimentos manifiestan el efecto de dotación cuando demandan mucho más para vender un producto (una taza de café, por ejemplo) de lo que ofrecerían si compraran dicho artículo. Dicho en otras palabras, las preferencias de las personas son, en parte, una función de la misión legal de los derechos de propiedad; no son independientes de dicha misión como el *Coase Theorem* lo supone. En el campo de ley contractual, una parte sujeta al efecto de dotación pedirá mucho más para dejar una omisión que sea favorable de lo que una parte ofrecerá para obtener de su parte contractual una cláusula que sea idéntica a la omisión. En consecuencia, para dichas partes las omisiones son más normas obligatorias; el efecto de dotación impide que las partes obtengan o se comenten las distribuciones creadas por las omisiones. Korobkin condujo experimentos con alumnos de derecho del primer año con función de abogados, y se encontró con que ellos sesoraban a sus clientes de un modo que manifestaban efectos de dotación. Véase de KOROBKIN, Russel. *Status Quo Bias and Contract Default Rules*. En: *Cornell Law Review*, No. 83, 1998, p. 608. Un trato más reciente es de KOROBKIN, Russel. *Endowment Effect and Legal Analysis*. En: *Northwestern University Law Review*, No. 97, 2003, p. 1227.

Este razonamiento demuestra el error de escoger las predeterminaciones solo porque son justas. Las partes poseen el incentivo (y, a menudo, la habilidad) de celebrar contratos incluso fuera de predeterminaciones justas que no maximizan su beneficio conjunto.<sup>114</sup> Como un buen ejemplo de esta respuesta, comentaristas y tribunales alguna vez pensaron (y pueden seguir pensando) que es justo que el vendedor mercante cree garantías de calidad implícitas. Los vendedores mercantes, no obstante, automáticamente intentan renunciar a la garantía mercantil implícita en la Sección 2-314 del UCC, y sus compradores mercantes lo aceptan de manera rutinaria.<sup>115</sup> De este modo, la sección 2-314 en contextos comerciales a menudo no hace más que incrementar los costos de transacción. Los legisladores y tribunales deberían, por tanto, preguntar qué es lo que las partes desean y no lo que las partes deberían desear.<sup>116</sup> En la siguiente Sección manifestamos que esta es una pregunta difícil de responder.

## 2. El asunto del costo y normas predeterminadas

Existen tres criterios para una buena norma predeterminada: debe estar condicionada en sólo unos cuantos estados posibles del mundo, ser relativamente simple en su forma, y ser eficiente

---

Los experimentos del catedrático Karoblin no son relevantes para los tipos de transacciones que estamos considerando. Una teoría reciente atribuye el efecto de dotación a la existencia de una opción real en el tema de venta. Una parte que no está segura del valor de un producto para su uso puede demorar la compra o venta mientras que recopila más información. Es decir, comprar o vender ejercita la opción porque la información ya no es importante luego de hacer la transacción. En consecuencia, el precio del vendedor es la suma del costo del producto y el valor (positivo) de la opción para demorar la venta; la compra forzada del comprador es la suma del valor del producto para su uso y el valor (negativo) de la opción para demorar la compra. Sumar los valores de opción a un precio pedido y restarlos de un precio ofrecido produce diferencias entre ellos que son de la misma magnitud según se manifiesta en los experimentos psicológicos. Véase de PARADISO, Massimo y TRISORIO, Antonella. *The Effect of Knowledge on the Disparity Between Hypothetical and Real Willingness To Pay*. En: *Economía Aplicada*, No. 3, 2001, p. 1359; de VAN DIJK, Eric y VAN KNIPPENBERG, Daan. *Buying and Selling Exchange Goods: Loss Aversion and the Endowment Effect*. En: *J. Econ. Psychol.*, No. 17, 1996, p. 317; de ZHAO, Jinhua y KING, Catherine L. *A New Explanation for the WTA/WTA Disparity*. 73 *Econ. Cartas*, 2001, p. 293. Una implicación de estos artículos es que el efecto de dotación debería ser menor o estar ausente cuando las partes sofisticadas que saben lo que hacen comercializan productos por dinero. Así, Daniel Kahneman señaló: "La opción por la pérdida no tiene mayor influencia en transacciones económicas de rutina, donde un vendedor y un comprador intercambian productos por dinero los cuales caben pero en 'propósito'". Daniel Kahneman, *Refrisco Points, Anxieties, Nerves, and Mixed Feelings*. En: *Comp. Organizational & Processes de Decisión Hum.*, No. 51, 1992, pp. 296, 301. De acuerdo con este punto de vista, los actores sofisticados que comercializan en mercados reales demuestran una ausencia de efectos de dotación; sus preferencias son independientes de la posición inicial de los derechos de propiedad a objetos comercializados. Véase de LUST, John A. *Does Market Experience Eliminate Market Anxieties?*. En: *The Quarterly Journal of Economics*, No. 118, 2003, pp. 41, 42-43. "La experiencia de mercado sí importa: en todos los tipos de consumidores, la experiencia relativa al mercado y el efecto de dotación están relacionados en relación inversa. Además, dentro del grupo de sujetos que poseen una amplia experiencia comercial (comercializadores y no comercializadores con experiencia), vemos que el efecto de dotación se hace insignificante". Nuestro análisis no comprende el efecto de dotación porque estamos estudiando las transacciones entre las compañías que cuentan con "una profunda experiencia comercial" las cuales "intercambian productos por dinero".

<sup>114</sup> Si el estado desea una norma en particular a fin de controlar el comportamiento, esta debería ser la norma obligatoria. Actualmente, se permite que las partes creen sus propios contratos, pero a veces sólo bajo el costo de contratos con omisiones creadas por el estado. Los costos de contratos superarán las ganancias para algunas compañías, pero no para otros. En consecuencia, una unión justa, aunque ineficiente, pone en desventaja a las compañías con costos contractuales relativamente altos, pero no puede comprender cabalmente el tema de justicia del estado porque otras compañías crearán sus propios acuerdos.

<sup>115</sup> La Sección VC, manifiesta que el término de garantía implícito del UCC es ineficiente porque apenas guía a un vendedor en la obligación del cumplimiento además de crear un daño moral.

<sup>116</sup> Especialistas han identificado un conjunto de normas de omisión bajo el término "forzadores de información" porque las normas estimulan a que las partes revelen información relevante para su parte del contrato. Véase de Aynes & Gertner, *supra* nota 1. Las normas forzadoras de información incluyen aquellas que manifiestan que los daños no pueden ser recuperados a menos que sean previsible y razonablemente ciertos; las normas incentivan a que un promitente que teme el incumplimiento revele con antelación al promisor la pérdida que sufrirá el promitente. El promisor podrá dar un precio más aproximado y tomar las medidas en contra del incumplimiento. Las normas forzadoras de información causan dentro del análisis porque las partes pueden crearlas por sí mismas. Por ejemplo, los vendedores rutinariamente proponen contratos que riegan la responsabilidad de los daños que surgen. Esto incentiva a que los compradores que puedan sufrir estos daños, los revelen al vendedor y luego compran el seguro evidenciando así el descargo de responsabilidad. Una omisión forzadora de información será popular si las partes estuvieran de acuerdo con revelar bajo la circunstancia en que la norma se aplica. Se ha demostrado que la omisión de previsibilidad no siempre será popular bajo este sentido. Véase de Johnston, *supra* nota 10, en pp. 626-

para una amplia gama de partes contractuales. El primer criterio es necesario porque puede haber una infinidad de posibles estados futuros del mundo a los cuales la norma se podría aplicar, mientras que los costos del Estado para redactar borradores de contratos son finitos. De este modo, una norma provista públicamente que tenía que estar dirigida a varios posibles estados futuros, rara vez sería justificada en cuanto a su costo. El segundo criterio, de simplicidad, es una función de competencia institucional. Las normas de ley contractual son creadas por los tribunales y legisladores. Los tribunales no pueden dirigir investigaciones respecto de las propiedades de eficiencia de posibles normas y combinaciones de normas. Asimismo, los legisladores tienen recursos limitados. El Instituto Americano de Derecho (ALI, por sus siglas en inglés), el cual crea reformulaciones; y la Conferencia Nacional de Comisionados en Leyes de Estado Uniformes (NCCUSL, por sus siglas en inglés), el cual juntamente con el ALI crearon el UCC, no llevan a cabo audiencias de estilo legislativo sobre reglas propuestas, no contratan expertos en economía neutral o en la industria para ayudar a crear una norma, y generalmente se apoyan en el trabajo a medio tiempo de catedráticos en leyes y abogados privados.<sup>117</sup> Así, los legisladores no pueden, y no lo hacen, redactar normas para contextos comerciales que concuerden con la complejidad de, por ejemplo, el código tributario; en su lugar, la ley contractual está necesariamente limitada a considerar los problemas cuyas soluciones pueden ser incluidas en normas simples.

El tercer criterio, de eficiencia, es quizá el más difícil de satisfacer porque las partes en grandes economías son heterogéneas. La creación de las normas predeterminadas sería muy costosa si las soluciones eficientes fueran específicas a una parte. Entonces habría la necesidad de la existencia de tantas normas legales como conjuntos de partes contratantes. La tarea, entonces, es encontrar normas que sean eficientes y que maximicen el beneficio en una amplia variedad de contextos.<sup>118</sup>

La dificultad de satisfacer los tres criterios explica por qué existen pocas normas predeterminadas<sup>119</sup> en leyes comerciales y contractuales. Ilustramos el rigor de los criterios considerando dos variantes del ejemplo de inversión analizado en la Sección III.2. anteriormente. Supongamos, en primer lugar, que luego que las partes acuerdan que el vendedor produzca el producto especializado, pero antes que se entreguen los productos, la fábrica del vendedor es destruida en un incendio. El vendedor ya no puede producir los productos, pero puede pagar los daños monetarios.<sup>120</sup> Sin embargo, la norma predeterminada del *common law* excusa al vendedor cuando un suceso exógeno hace que el cumplimiento contemplado y especializado sea imposible de

638 (donde se manifiesta que las partes que enfrentan a un monopolista no desean demostrar las ganancias que ganarían de transacciones exitosas porque el monopolista entonces les discriminaría en el precio).

<sup>117</sup> Véase de SCHWARTZ, Alan y SCOTT, Robert E. *Rolistic Easiness of Private Legislatures*. En: U. Pa. L. Rev., No. 143, 1995, pp. 595, 607-637.

<sup>118</sup> Esta nota expresa de manera formal el punto del texto; el texto continúa con los ejemplos. Un tipo de mercado es un conjunto de dos elementos conformado por un vendedor y un comprador. Denotemos un tipo en particular como  $t_i$ . Tomemos a los tipos  $t_1, \dots, t_n$  en el mercado, y hay conjuntos  $m_i$  de partes de cada tipo. De este modo,  $m(t_i)$  denota el número total de partes de un tipo en particular. Dejemos que  $c_i$  indique el costo para cada conjunto de partes  $t_i$  que crean un término contractual, y dejemos que  $c_e$  sea el costo del estado por crear una norma de omisión que es idéntica a la del término. Suponemos que  $c_e > c_i$  porque las normas creadas por el estado requieren de una acción legislativa o administrativa. Indiquemos el beneficio de un conjunto de partes  $t_i$  proveniente de un término (o norma de omisión) contractual en particular. Las partes de un contrato particular no crearán el término si  $c_i > b(t_i)$ . El estado debería crear una omisión si los beneficios totales de todas las partes  $t_i$  excedieran el costo del estado al crear una norma. Esta condición de eficiencia puede ser escrita como <<ecuación>>

Esta condición no puede ser satisfecha cuando  $m(t_i) = 1$  porque  $c_e > c_i$ , y nosotros hemos supuesto que la creación de la norma privada sería ineficiente ( $c_e > b(t_i)$ ). La creación de la norma de estado se hace más eficiente cuando  $m(t_i)$  aumenta (el número de partes que se beneficiarían de una norma va en aumento), pero luego el texto argumenta que para las normas de ley contractual, es más probable que  $m(t_i)$  esté cerca de uno que de un número mayor. Un análisis más profundo del punto heterogéneo es visto por SCHWARTZ, Alan, *The Normative Implications of Transaction Cost Economics*. En: *Journal of Economic Institutional & Theoretical*, No. 152, 1996, p. 287.

<sup>119</sup> Recordemos que una norma específica la conducta relevante por adelantado; por ejemplo, no conducir a más de cincuenta y cinco millas por hora.

<sup>120</sup> El interés del comprador sería que su valor fuera menor al precio el cual era, según el ejemplo, de \$15.

cumplir.<sup>127</sup> Esta norma de excusa parece satisfacer el criterio de una predeterminación eficiente. Primeramente, los costos para crear la regla son bajos. Existen solo dos posibles estados futuros del mundo —ya sea que un suceso exógeno impida o no el cumplimiento— y está la necesidad de tener una norma en solo uno de ellos (cuando el vendedor no puede cumplir). Asimismo, la norma es simple en forma; el vendedor es excusado o no dependiendo si es que hubo o no hubo incendio. Finalmente, es probable que la norma sea eficiente para una amplia variedad de partes. Esto se debe a que los compradores en general son mejores aseguradores en contra de las valoraciones perdidas de inversiones especializadas que los vendedores; normalmente los compradores están mejor informados que los vendedores sobre las consecuencias en caso que el vendedor no cumpla. Para excusar al vendedor, se requiere que el comprador asegure el mercado o revele su valorización al vendedor.

No obstante, este ejemplo es ilusoriamente simple. El conjunto de posibles causas para que un vendedor sea incapaz de cumplir puede ser amplio, desde un incendio o inundación, hasta una falta de provisión temporal o permanente, o hasta una regulación gubernamental, entre otros. La habilidad que el vendedor posee para anticipar y tomar medidas preventivas en contra de las causas que lo inhabiliten va a variar entre uno y otro vendedor y entre una y otra causa. Sería eficiente excusar al vendedor solo cuando su inhabilidad de cumplir se deba a causas que fueron difíciles de anticipar o prevenir; de otro modo, los vendedores recurrirían a la doctrina de la excusa solo por salirse de los negocios que no resultaron buenos. Así, una norma de excusa debe resolver temas de causalidad difíciles. Asimismo, el vendedor puede cumplir en parte o en su totalidad, pero sólo para algunos compradores contratantes. Existe la pregunta de cómo es que un vendedor debe tomar las decisiones de distribución resultantes. Por otra parte, algunos compradores pueden ser más capaces que otros en tomar medidas de prevención o en asegurarse de manera eficiente. Redactar reglas que cubran todas estas posibles causas, efectos y partes puede resultar bastante costoso. En consecuencia, hoy en día el caso de excusa es regido por un estándar y no por un conjunto de normas. La Sección 2-651(a) del UCC señala que el incumplimiento de un vendedor "no es un incumplimiento (...) si el cumplimiento acordado fue impracticable por la ocurrencia de una contingencia y la falta de ocurrencia de la misma fue un supuesto básico sobre el cual se celebró el contrato",<sup>128</sup> Los tribunales deciden a partir del hecho si un cumplimiento hubiera sido "impracticable" y si las partes hubieran "asumido básicamente" que la causa supuestamente de excusa no ocurriría o no afectaría materialmente el cumplimiento si es que sucediera.

Ahora consideremos un segundo ejemplo. Recordemos que el ejemplo de inversión supone implícitamente que el contrato de las partes especificaba lo que haría un producto especializado, de modo que si el vendedor entrega algo más el incumplimiento sería claro. Una regla predeterminada también podría especificar la obligación de calidad del vendedor, pero recordemos que el producto se especializó para el uso del comprador. Una regla legal que establece esta obligación particular de calidad del vendedor por lo tanto se aplicaría solamente a un caso. No es eficiente redactar para un caso. Sin embargo, la obligación particular de calidad del vendedor algunas veces puede generalizarse para una industria. Puede ser, por ejemplo que los editores de libros estén de acuerdo sobre los requisitos que deben cumplir las máquinas para imprimir. Incluso, si un redactor del artículo 2 describe, para cada industria, la calidad que los vendedores deben entregar a los compradores, el costo de redacción probablemente excedería la ganancia social. Como es lógico, la ley regula la obligación de calidad del vendedor mediante estándares. Según la sección 2-314(2), los bienes "para

<sup>127</sup> Véase de, por ejemplo, Taylor contra Caldwell, (Q.B. 1863). En: Eng. Rep., No. 122, p. 109; Restatement (Second) of Contracts, §263, 1981.

<sup>128</sup> U.C.C. §2-615(a) (2003). La Sección 261 del Restatement contiene la misma norma en casi el mismo lenguaje. Restatement (Second) of Contracts §261, 1981.

que sean comercializables deben ser por lo menos tal como a) un paso sin objeción en el comercio (...) y c) ser adecuado para los propósitos comunes para los que se utilizan dichos bienes<sup>123</sup>. Los tribunales luego del hecho deciden si fue suficiente para el vendedor satisfacer lo que contempla la subdivisión a) o c) ("al menos tales como"); si los bienes pasasen sin objeción, lo que son los propósitos "comunes" del vendedor; y si los bienes "son adecuados" para dichos propósitos.

Leyes contractuales y comerciales contienen de este modo muy pocas reglas predeterminadas, porque los criterios para las reglas predeterminadas de los bienes son difíciles de cumplir. Mejor dicho, la *Restatement* (Segunda) de Contratos y el artículo 2 del UCC contienen primordialmente estándares; estos textos están llenos de provisiones que requieren que las partes se comporten "razonablemente", "de manera consciente", "de manera justa", "de buena fe", y de manera parecida.<sup>124</sup> Estas codificaciones tampoco tratan problemas contractuales importantes. Por ejemplo, las partes con contratos de larga duración enfrentan el problema de mantener la ganancia de cada una de las partes según el contrato, por encima del costo de oportunidad de cumplimiento en cada período. El problema se trata mejor con las cláusulas de indexación, que unen el período del precio actual al costo actual y las condiciones de demanda. Sin embargo, índices eficientes son específicos para las partes, o la industria, y también son demasiado costosos para ser creados por el derecho contractual.<sup>125</sup> En cambio, la ley hace caso omiso este problema de los contratos de larga duración a favor de que las partes lo resuelvan por sí solas. En síntesis, la preocupación del costo obliga al derecho contractual a regular comúnmente con estándares más que con las reglas, en caso exista alguna regulación.

### 3. El problema del peligro moral y estándares predeterminados

El proyecto de crear normas predeterminadas proporcionadas públicamente no tuvo éxito por dos razones. La primera, porque las compañías necesitan a menudo una orientación específica respecto a la obligación de cumplimiento. La segunda razón, porque estándares crean un inaceptable peligro moral. En cuanto a la necesidad de orientación, por lo general un vendedor debería saber qué nivel de calidad producir. Decirle al vendedor que su producto "por lo menos" debe cumplir los "propósitos comunes" del vendedor es por lo general inútil. En la práctica, los vendedores de productos complejos por lo tanto rechazan la garantía implícita de comerciabilidad a favor de una garantía expresa que describe aspectos importantes de la obligación de cumplimiento del vendedor. Como otro ejemplo, cuando un hecho exógeno induce a que el vendedor considere el incumplimiento, ambas partes necesitan saber si tal incumplimiento sería legalmente permisible. Una decisión equivocada podría exponer a cualquiera de las partes a un juicio por daños y perjuicios. Decirle al vendedor en este punto, con referencia a la sección 2-615, que el incumplimiento es permisible si el cumplimiento que es "poco práctico" también es inútil. Y decirle al comprador que su cumplimiento de retorno (por ejemplo el pago de una cuota del precio) puede suspenderse en virtud de la sección 2-609, si la suspensión es "comercialmente razonable" es asimismo de poco uso. En respuesta a esta dificultad, las partes por lo general desconocen los estándares en las secciones 2-615 y 2-609 a fin de incluir cláusulas de inseguridad y fuerza mayor por escrito que especifiquen con precisión

<sup>123</sup> Véase UCC § 2-314(2)

<sup>124</sup> Véase id. §§2-205 a 229, 2-302, 2-305 a -307, 2 - 309, 2-11 a -312, 2-314 a - 315, 2- 317, 2-503 a -504, 2-506, 2-511, 2-513, 2-602 -610, 2-612, 2-614 a -615, 2-704 a -706, 2-709 a -710, 2-712, 2-714 a -716, 2-718 a -719, 2-723. El UCC también adopta normas con el fin de evitar resolver asuntos controvertidos. Véase Schwartz & Scott, *supra* nota 117. Aquí nuestro análisis intenta mostrar que incluso el ALI y NCCUSL, basen más audaces, el problema del costo generaría muchas normas.

<sup>125</sup> Una cláusula de indexación une el precio de transacción entre las partes con los índices externos verificables, tales como el índice de precios del consumidor (CPI), que se relaciona con las condiciones económicas que enfrentan las partes. El grado de correlación es una función de la clase de parte (algunos costos de las compañías se movieron más cerca al CPI más que los costos de otras compañías, por ejemplo), de modo que las cláusulas de indexación varían de acuerdo con las partes particulares o las tipos de partes.



ambas causas exógenas que justificarán la obligación de cumplimiento del vendedor y las respuestas permisibles que el comprador pueda tomar cuando no está seguro del cumplimiento del vendedor.<sup>124</sup> Las partes que necesitan orientación específica redactan reglas detalladas en sus contratos. Por lo tanto el estado gasta recursos de redacción cuando crea un estándar que las partes rechazan rutinariamente.

Presentamos el problema del peligro moral con un ejemplo. Supongamos que las obligaciones de una serie de contratos están completas, pero algunos contratos de ese grupo no tienen una solución para cierto problema contractual. Por ejemplo, los contratos establecen precios y cantidades pero no indexan los precios a la inflación. De esta manera, los contratos están condicionados por el estado. Los precios serán sub-óptimos en algunos posibles estados futuros del mundo. Un tribunal podría ejecutar forzosamente dicho contrato otorgando al receptor de la promesa no cumplida la diferencia entre el contrato y los precios del mercado. El asunto es si el estado debe llenar el vacío con una norma que establezca: "El precio del contrato no puede ser irracional en vista de las condiciones obtenidas cuando se debe el cumplimiento". El estado debe ser reacio a adoptar esta norma porque el caso para una predeterminación pública no se presenta. Los costos del contrato no podrían haber prevenido a las partes a que ellas mismas redacten las normas. Le hubiese costado un poco a las partes haberle pedido al vendedor que entregue una calidad "razonable" dentro de un tiempo "razonable" pero eximir al vendedor del cumplimiento si se vuelve "impráctico". Los redactores deben ser reacios para promulgar normas predeterminadas sin preguntar primero por qué los estándares fueron omitidos de los contratos privados.

Estándares son poco conocidos porque incrementan la probabilidad de riesgo moral. Algunas veces las partes tienen incentivos para realizar procedimientos que son óptimos en privado pero públicamente indeseables. Por ejemplo, un comprador tiene el incentivo de afirmar que un producto no es apropiado para uno de sus propósitos "ordinarios" cuando el precio de mercado cae.<sup>125</sup> Un vendedor tiene el incentivo de afirmar que su cumplimiento se ha vuelto "impráctico" cuando su costo sube<sup>126</sup>; o de intentar obtener un incremento de precio utilizando nuestro estándar de ejemplo para afirmar que la inflación ha logrado que el precio del contrato sea "poco razonable". Cuando un estándar rige, la parte que desea comportarse de manera estratégica debe preguntar que hará el tribunal posteriormente si dicha parte es demandada. Mientras más imprecisa es la norma legal y mientras más esté en juego, es más probable que dicha parte resuelva las dudas a su favor. Una parte que resuelve las dudas de este modo intentará maximizar el bienestar propio a costa de una maximización de beneficio conjunto. Por lo tanto, una norma es eficiente solamente cuando la parte sobre la cual se otorga discreción tiene el incentivo de maximizar los retornos conjuntos en el transcurso de maximizar su beneficio propio.<sup>127</sup> Pocos estándares de la UCC pasaron esta prueba.<sup>128</sup>

<sup>124</sup> Las cláusulas de fuerza mayor aparentemente tienen un árbol genealógico extenso. Consideramos, como en el ejemplo, la siguiente cláusula en un contrato entre Miguel Ángel y los herederos del Papa Pio III que requería que Miguel Ángel produjera quince estatuas de mármol para la catedral en Siena en un tiempo específico:

El contrato, mientras el tal Miguel Ángel, en virtud de dicho acuerdo, se obligó a sí mismo a traer el mármol a Florencia desde las montañas de Carrara para la realización de dichas estatuas; y mientras que, a causa de que los habitantes de Pisa fueron sitiados dentro del territorio de Pisa, la guerra había estallado una vez más; mientras que la República de Florencia podría intentar desviar el curso del río Arno de tal modo que el transporte de dicho mármol desde las montañas de Carrara a la ciudad de Florencia por lo tanto podría dificultarse; y mientras que también el tal Miguel Ángel podría enfermarse, lo que Dios evitó... Juego... que dicho (nuevo periodo contractual) sea suspendido durante el tiempo de dicho sitio. Arcón Gil, *Il Gigante: Florencia, Miguel Ángel y David*, 1492 - 1504, 2003, pp. 215-216.

<sup>125</sup> Véase por ejemplo *E. W. Oil, Inc. contra Consoil Edison Co.*, (N.Y. 1982). En: *N.E. 3d*, No. 443, p. 932.

<sup>126</sup> Véase por ejemplo *Alumicun Co. De Am. contra Essex Group, Inc.*, (N.D. Pa 1989). En: *F. Supp.*, No. 449, p. 51.

<sup>127</sup> Algunas veces se puede realizar esta prueba. Por ejemplo, el acuerdo de fusión de la norma contiene un término que permite que el comprador salga sin pagar una multa si ocurre "un cambio material negativo" en el exterior entre la firma del contrato y concluir la fusión. Este término no especifica los sucesos que podrían constituir un cambio material negativo porque puede haber muchos sucesos como tal, cuyos eventos varían con el estado de pose del mundo. No obstante, una norma en este caso es eficiente porque el comprador solamente saldrá si el valor del vendedor ha caído de manera sustancial. La amenaza de salida crea un incentivo para el vendedor para tomar las medidas de incremento de energía que disminuyan la probabilidad.

En consecuencia, las partes celebran el contrato sin seguir dichas normas. Por ejemplo, la garantía del producto habitual para máquinas y otros equipos se celebra sin contemplar el estándar de calidad (Sección 2-314), el estándar de subsanación (Sección 2-508), y la norma de revocación de aceptación (Sección 2-608).<sup>121</sup> La cláusula común de fuerza mayor por lo general se redacta fuera de la norma de excusa (Sección 2-615), y muchos contratos se celebran sin contemplar las normas de daños consecuentes (Sección 2-715), la norma de garantía por daños (Sección 2-714), y las normas que regulan la inseguridad y el desconocimiento anticipado (secciones 2-609 a 2-610).<sup>122</sup> Esta evidencia sugiere fuertemente que a las partes típicas les disgusta las normas de derecho contractual.<sup>123</sup>

Por lo tanto, cuando los contratos tienen un vacío que podría ser llenado por una norma, la mejor deducción que podría hacer la persona que toma las decisiones no es que se omita la norma en esos contratos, sino que la norma ha sido rechazada. Esta es la mejor deducción debido a la facilidad con que las partes podrían haber redactado su propia norma y porque muchas normas producen un riesgo moral. Probablemente las partes rechazaron una solución *ex-ante* – redactar una norma – en favor de una renegociación cuando las circunstancias cambiaron, con los términos escritos que constituyen los puntos de desacuerdo que determinarían si un trato nuevo resultó eficiente. Y para resumir, llenar los vacíos con normas por lo general no resultará eficiente por tres razones: el estado malgasta recursos en redactarlas; las partes malgastan recursos en celebrar fuera de ellas; y cuando se espera que los tribunales utilicen las normas de manera activa para supervisar los acuerdos, las partes pueden crear series de reglas que de lo contrario hubieran preferido omitir.<sup>124</sup>

En síntesis, el proyecto de crear reglas predeterminadas fracasa debido a los costos de creación de reglas para las partes heterogéneas que funcionan en complejos medios comerciales. Estos

que su valor disminuirá de manera sustancial para el comprador. Véase Ronald Wilson & Alan Schwartz, *Understanding MACs and MAEs* (2003) (manuscrito no publicado, archivado con los autores), disponible <http://landia.lw.wyale.edu/oc/papers/15.pdf>. Se da este ejemplo para indicar que algunas normas reglamentarias pueden resultar eficientes, pero también puede apoyar la deducción de que las partes redactarán en sus contratos cuando una norma maximice el excedente.

<sup>121</sup> Véase por ejemplo de GOLDBERG, Victor P. *Discretion in Long-Term Open Quantity Contracts: Reneging in Good Faith*. En: *U.C. Davis Law Review*, No. 35, 2002, p. 319 (analizando en detalle la manera en que los tribunales han empleado la norma de Buena fe que regule la discreción en contratos de suministro y de requisito en virtud de la sección 2-306(1) para socavar los controles sobre la discreción que las partes han establecido para ellas mismas).

<sup>122</sup> Véase de SCHWARTZ, Alan y SCOTT, Robert E., *Commercial Transactions: Principles and Policies*, 2d ed., 1991, pp. 204-24.

<sup>123</sup> Antes del año 1978, las partes rutinariamente celebraban contratos haciendo caso omiso de la sección 2-609 con cláusula *ipso facto*, que establecía de manera expresa cuando una parte podría cancelar el acuerdo en consecuencia con la dificultad financiera de su socio. El actual Código de Québec prohíbe estas cláusulas sobre la base errónea que permite solventar a las partes para reducir el patrimonio sujeto al estado de bancarota. Véase 11 U.S.C. § 365 (e) (1) (2000). Para un análisis, véase CHE, Yeon-ko y SCHWARTZ, Alan, Sección 365, *Mandatory Bankruptcy Rules and Inefficient Continuance*. En: *Journal of Law, Economics & Organization*, No. 15, 1999, p. 441. Un ejemplo concreto de celebrar en contrato fuera de las reglas se puede ver en *Northwest Lumber Sales, Inc.*, 495 P.2d 744, 748-50 (Or. 1972).

<sup>124</sup> Ian Ayres sugiere que las normas pueden ser incumplimientos buenos porque el precedente se puede plasmar alrededor de ellas, y por lo tanto les da orientación a las partes. Véase de AYRES, Ian, *Making a Difference: The Contractual Contributions of Easterbrook and Fuchs*. En: *University of Chicago Law Review*, No. 59, 1992, pp. 1391, 1415-1416. Este argumento supone que las normas legales se tomarán en términos operativos aislados en los contratos de las partes, otorgándole por lo tanto a los tribunales la oportunidad de aplicarlos. La premisa falla por lo general porque las partes celebran el contrato haciendo caso omiso de las normas.

<sup>125</sup> Se dice que el último peñero ocurrió en Inglaterra cuando los tribunales adoptaron una norma de excusa. Como escribió el abogado inglés Andrew Rogers, Q.C., en su introducción en un libro de la doctrina de excusa: Es reciente que los tribunales ingleses ceden a su demanda que las palabras estrictas del contrato se incluyan, a pesar de los cambios en la circunstancia. La doctrina que resulta de frustración no ha funcionado satisfactoriamente. Las cortes encuentran *difícil* de determinar... los límites para su solicitud...

La frustración en virtud de la ley general trae consigo la descarga automática. Para evitar dichos resultados, se requiere que las partes del contrato redacten su propio código particular. En cambio eso significa un incremento sustancial en los costos de transacción.

De ese modo el agente no puede intentar con fuerza porque su beneficio no es contingente actualmente. Cuando se intenta con fuerza resulta eficiente, el permitir una renegociación resulta ineficiente. Las partes, en ante, de nuevo tienen buenas razones para prevenirse cambiar de opinión. Véase en *id.*, *supra* nota 11, 209-24.

Paese a los costos comprendidos y en un esfuerzo por enfrentarse a las dificultades, muchos contratistas han asumido obligaciones de riesgo contractual debidamente detallado.

costos esencialmente impiden la creación de casi toda regla predeterminada.<sup>138</sup> El proyecto de crear normas predeterminadas fracasa debido a la necesidad que tienen las partes de orientación específica en cuanto a lo que se supone que tienen que hacer, y debido a la tendencia que tienen las normas para crear riesgo moral. Estas conclusiones negativas se mantienen incluso cuando se asume que la información que requeriría una regla o norma es conocida por las partes y son accesibles a los tribunales. Por ejemplo, las partes y un tribunal sabrán si un incendio acabó con la fábrica del vendedor por completo o de manera parcial. Sin embargo, la información es con frecuencia asimétrica. Puede que las partes no sepan cosas relevantes de la otra, y puede que los tribunales no sepan cosas relevantes acerca de las partes. La existencia de información asimétrica agrava el problema del riesgo moral y, por lo tanto, hace que la creación de normas predeterminadas sea más difícil.

#### 4. El asunto de la información asimétrica

La existencia de información asimétrica trunca la serie de contratos que las partes pueden redactar. Como consecuencia, también trunca la serie de normas predeterminadas que pueden redactar los legisladores. Para saber por qué, ayuda el empezar con una taxonomía de información del material publicado sobre teoría contractual. Un dato de información es "inobservable" si una parte no puede verlo. Los compradores por lo general no pueden observar el costo de producción de un vendedor. Un dato de información es "observable pero no verificable" si una parte puede observarlo, pero no puede verificar la existencia de la información frente a un tercero, como un tribunal, a un costo aceptable. Por ejemplo, un empleador normalmente puede saber que empleados no cumplen con sus responsabilidades, pero resultaría costoso en relación con las ganancias probar al tribunal que un empleado particular no cumple con sus responsabilidades el 20% del tiempo. Un dato de información es "verificable" si las partes pueden observarlo y establecer su existencia a un tercero. La información es asimétrica ya sea si es inobservable o no verificable.

Para entender las restricciones en el comportamiento contractual originadas por la información asimétrica, cambiamos el ejemplo de inversión de relación – específico de la Sección III.B en dos formas. En primer lugar, se permite que los costos del vendedor sean estocásticos. En algunos estados del mundo, el costo del vendedor para producir el producto especializado será menor que la valorización del comprador, de manera que el comercio sería eficiente. En segundo lugar, se permite que el comprador invierta para incrementar el valor al comprador del cumplimiento del vendedor. Estos cambios originan el conocido problema de invertir en exceso.<sup>139</sup> Si el vendedor incumple, los daños del comprador serán la diferencia entre la valorización realizada y el precio. Por lo tanto el comprador invertirá hasta que el costo marginal de más inversiones iguale al incremento marginal en valor. Sin embargo, es demasiada inversión. En aquellos estados del mundo en los cuales para las partes resulta ineficiente negociar, la inversión del comprador no tiene valor social; sólo sirve para incrementar los daños que pagará el vendedor.

Este problema desaparecería si el vendedor pudiera observar la función de producción del comprador – la relación funcional entre los posibles niveles de inversión que puede elegir el comprador y los valores asociados con esos niveles. Entonces, las partes podrían redactar una cláusula de liquidación de daños que recompensaría al comprador por la diferencia entre: 1) el valor que hubiesen

ROGERS, Andrew, *Prólogo a la Fuerza Mayor e Impedimento de Contrato*, At v. v.v. Ewan McKendrick ed., 2 ed., 1995.

<sup>138</sup> Un ejemplo poco común de una Norma Moratoria satisfactoria corresponde a la necesidad de que un infractor pague a la otra parte la diferencia entre el contrato y los precios de mercado. La regla se aplica en sólo un Estado del mundo, cuando existe una obligación contractual. Resulta simple poder aplicarla ya que el tribunal sólo compare el contrato y los precios de mercado y por tanto resulta efectivo para diversas partes, ya que la regla protege el interés esperado. Es difícil encontrar otras normas moratorias que sean buenas.

<sup>139</sup> Se identifica el problema en el libro de SHAVELL, Steven, *Indicadores de los perjuicios ante un incumplimiento de contrato*. En *Bell Journal of Economics*, No. 11 1988, p. 466; y detallado en el de ROGERSON, William P., *Carjones Effective e Indicadores de los perjuicios ante un incumplimiento de contrato*. En *RAND Journal of Economics*, No. 15, 1984, p. 39.

tenido los bienes si el comprador hubiese invertido de manera óptima; y 2) el precio. Este valor sería menor que el valor irrestricto que se produciría si el comprador nunca hubiese tomado en cuenta que en algunos estados del mundo su inversión no generaría ningún valor (porque las partes no negociarían en dichos países). Sin embargo, tal contrato podría redactarse raras veces, porque los vendedores pocas veces observan las funciones de producción de los compradores. Como consecuencia, un comprador especificaría como daños liquidados el valor irrestricto al comprador del cumplimiento del vendedor, y luego invertiría para realizar dicho valor.<sup>127</sup>

Para estar seguros, este ejemplo no muestra que las partes nunca podrían producir una inversión eficiente cuando la información es asimétrica. Cuando las partes pueden observar, pero no verificar, variables importantes tal como la valorización del comprador, los teóricos han desarrollado un número de contratos que podrían inducir a los vendedores a invertir de manera eficiente para reducir costos e inducir a los compradores a invertir de manera eficiente para incrementar el valor.<sup>128</sup> Sin embargo, estos contratos son "de parámetro específico", es decir, los precios que establecen los contratos y las acciones que requieren dependen de los valores particulares, costos y distribuciones de probabilidad que enfrentan las partes.<sup>129</sup>

La lección es que el estado no puede ayudar cuando la información asimétrica previene a las partes de redactar el contrato eficiente. De esta manera, las partes rechazarían las normas predeterminadas que permitieron que el vendedor obtenga "un precio comercialmente razonable en proporción con su costo de producción", o que permitió al comprador recuperar los "daños en proporción con inversiones comercialmente razonables de confianza hechas con buena fe". Según la anterior norma propuesta, el vendedor siempre afirmaría que tiene costos elevados, mientras que

<sup>127</sup> Los tribunales no pueden proveer dicha práctica en vista que un Tribunal observa sólo lo que las partes pueden observar. En el caso que el Tribunal no conozca el valor que ha podido generar una inversión óptima, no podrá otorgar valor al comprador. En lugar de ello, tendrá que otorgar el valor al comprador que en realidad perdió. Se suscita una desagradable aunque técnica discusión de la imposibilidad de escribir contratos de gran eficiencia cuando los costos del vendedor y la valoración del comprador no se pueden observar, explicó en SCHMETZ, Patrick W. *On the Interplay of Hidden Action and Hidden Information in simple Bilateral Trading problems*. En: *Journal of Economic Theory*, No. 103, 2002, p. 444.

<sup>128</sup> Se presentan discusiones concisas pero moderadamente técnicas de estos contratos en *The Hold-Up problem and Incomplete Contracts*, en *The New Realist Dictionary of Economics and the Law*, supra nota 30, p. 177. Otro ejemplo técnico se presenta en *Judicial Modification of Contracts between Sophisticated parties: A more complete view of Incomplete Contracts and their Breach*. En: *Journal of Law, Economics & Organization*, No. 9, 1993, p. 230.

<sup>129</sup> La información asimétrica también puede crear una cierta aversión ante la ambigüedad y si es que el estado pretende llenar las brechas contractuales es en vano con la finalidad de saber el por qué asumir que  $\pi > 1$  las probabilidades de distribución podrían caracterizar la incidencia de un posible acontecimiento o asunto de Estado. Una parte actúa reactivamente ante la ambigüedad cuando se calculan los beneficios esperados al hacer uso la probabilidad más bajo en cualquiera de las posibles distribuciones  $\pi$ . Hay que suponer que una parte denominada F podría ser mejor de lo que podría ser la parte G, en caso que el Estado R se materialice, mientras que la parte G podría ser mejor de lo que la parte F podría ser, en caso que el Estado B se materialice. Si F calcula sus beneficios esperados, hará uso de la distribución de probabilidades que otorga mayor peso al estado B, lo que empeoraría la posición económica, de lo que podría estar en el estado T, en donde sería mucho mejor. Por razones similares, G otorgará mayor peso al estado T obtenido. Cuando las partes actúan de esta manera, calculan sus beneficios de manera diferente aunque concuerdan en los beneficios monetarios, las partes realizan sus cálculos de manera diferente ya que calculan con diferentes distribuciones de probabilidades. Esta posición puede ocasionar ineficiencia. La suma de beneficios que las partes reacia a la ambigüedad esperar producir será menor que el excedente esperado (en vista que cada parte calcula con la probabilidad menos favorable). Posteriormente, las partes pueden llegar a un acuerdo efectivo que creará ganancias en exceso de costos, a medida que se crea como en exceso de ganancias. Una respuesta a este problema es usar un contrato incompleto y confiar en las negociaciones para determinar las condiciones de comercio en futuros estados. Esto podría representar algo más efectivo que escribir un contrato previo, porque cuando un estado del mundo materializa, las partes tendrán conocimiento de cuáles serán sus ganancias reales obtenidas del comercio. Luego comercializarán, una vez que el comercio se haga efectivo. Es más probable que la aversión a la ambigüedad se presente cuando las partes enfrentan una gran incertidumbre (es por ello que es difícil saber cuál será la distribución de probabilidad más apropiada). Y cuando la incertidumbre es grande, la opción de las partes a causa de un contrato incompleto sugiere que al llenar las brechas con reglas creadas por el estado o normas, no ayudará a que se cumplan los objetivos de las partes. Una discusión reciente acerca del tema estableció que "El argumento...propone la razón por la cual los contratos incompletos no pueden ser una paradoja en un mundo con aversión a la ambigüedad ya que su ineficacia no será del todo determinable... los contratos completos no son de gran ayuda" nos dice MUKERJ, Sujoy. *Ambiguity Aversion and Incompleteness of Contractual Form*. En: *American Economic Review*, No. 88, 1998, pp. 1207, 1218.

bajo el último, el comprador siempre afirmaría que todas sus inversiones eran comercialmente razonables y estaban hechas de buena fe. Como otro ejemplo, el UCC estipula en la Sección 2-715 que un vendedor debe ya sea cumplir o pagar los daños consecuentes del comprador que se miden con la diferencia entre el precio del contrato y el valor de los bienes para el comprador.<sup>140</sup> Este requisito es superficialmente eficiente porque induce al vendedor a cumplir, cuando el cumplimiento incrementaría el valor o de otro modo induciría a incumplir. Sin embargo, las valorizaciones son con frecuencia difíciles de verificar. Como consecuencia, los compradores tienen un incentivo para exagerar sus valorizaciones, por lo tanto induciendo a los vendedores a cumplir incluso si es menos costoso incumplir y pagar los daños reales.<sup>141</sup> Las partes comerciales responden a este problema celebrando rutinariamente el contrato sin contemplar la Sección 2-715. En lugar de la ley, las partes crean provisiones complejas de arreglo-y-reemplazo que se esfuerzan por lograr eficiencia de otros modos.<sup>142</sup> Una evaluación de los problemas de información que confrontan las partes da esta conclusión: Una buena predeterminación hace para las partes lo que las partes hubiesen hecho por ellas mismas, si los costos de transacción fuesen menores. Cuando la información asimétrica previene a las partes de redactar algunos tipos de contratos (incluso cuando sus costos contractuales son igual a cero), una predeterminación proporcionada por el estado no cumple ningún propósito.<sup>143</sup>

## 5. Resumen

Mucho de lo que por lo general se llama derecho contractual consiste en la serie de reglas predeterminadas y, de manera mucho más frecuente, estándares predeterminados incluidas en la *Restatement* y el Artículo 2 del UCC. Aquí discutimos que los esfuerzos de los que escribieron la *Restatement* y los redactores del UCC para crear esta ley han sido, en gran parte, en vano. Las reglas predeterminadas resultaron ser demasiado costosas de redactar para las grandes economías heterogéneas. Los estándares predeterminados fallan debido a la necesidad de las partes de orientación ex ante y la propiedad de estándares de originar riesgo moral. La dificultad de riesgo moral se empeora a causa de la información asimétrica. Las predeterminaciones que están condicionadas por la conducta que las partes o los tribunales no pueden observar, serán aprovechadas para fines privados. Por lo tanto, las partes celebran el contrato sin contemplarlos. Como consecuencia, las predeterminaciones ineficientes solo incrementan innecesariamente los costos de la transacción.<sup>144</sup>

<sup>140</sup> En la sección 2-175 (2)(b), el comprador puede recuperar (además de perjuicios directos mencionados en las secciones 2-712, 2-713 o 2-714) "cualquier pérdida resultante de requerimientos o necesidades generales o particulares que en aquel momento el vendedor tenía la razón de adquirirlos" U.C.C. §2-715 (2)(A)(2003).

<sup>141</sup> El prospecto de actuaciones ineficientes también podría producir que se tomen precauciones excesivas contra los breaches.

<sup>142</sup> Las presentes cláusulas niegan la responsabilidad del vendedor por perjuicios resultantes y restringe el derecho al comprador para rechazar y obligar al vendedor a arreglar o reemplazar propuestas deficientes. Véase Schwartz & Scott, *supra* nota 131, pp. 204-209.

<sup>143</sup> Karen Eggleston, Eric Posner y Richard Zeckhauser reconocen que las partes podrían redactar contratos simples como consecuencia de información asimétrica, sin embargo solicitan con insistencia a los tribunales para que interpreten dichos contratos de una manera libre. Por lo que los tribunales deberán aplicar condiciones libres de manera que (hablando de una manera simple) maximice el excedente conjunto ex ante del contrato, según EGGLESTON, Karen et al en *The design and Interpretation of Contracts: Why Complexity Matters*. En *Northwestern University Law Review*, No. 95, 2000, pp. 91, 127. Estos Autores no muestran de qué manera los tribunales podrían crear condiciones eficientes cuando las partes con diverso en cuestión no pueden hacerlo, ni consideran la posibilidad que las partes experimentadas puedan formalizar esfuerzos judiciales de poca ayuda.

<sup>144</sup> Esta afirmación puede parecer vulnerable a la objeción que los incumplimientos de contratos son "voluntarios ineficientes" en vista que las partes ya se encuentran redactando el contrato, el costo marginal de rechazar una norma legal inadecuada es leve. Esta objeción ha sido interpretada en dos aspectos. En primer lugar, el costo social total para rechazar una norma legal ineficiente no es leve. El pequeño costo de cambiar la norma por un contrato en particular debe juntarse sobre todas las transacciones que afectan la regla en las décadas en las que dicha regla existirá. Segundo, es realmente costoso cambiar una norma inadecuada al redactar un contrato en particular, ya que los tribunales suelen considerar fallos creados por el Estado lo suficientemente justos o eficientes. Esta parcialidad institucional eleva el costo de contratación. Véase en Hylward y Pezman, (Mich Ct. App 1971), *En: N. W. 2d*, No. 168, pp. 31, 33 (se sostiene que las partes deben hacer uso de un lenguaje comprensible y claro para retirar la responsabilidad ante el riesgo de pérdida de vendedor a comprador); *Davis y Small Bes. Inv. Co of Houston*, (App 1976), *En: S.W. 2d*, No. 535, pp. 740, 744 (sostienen que las disposiciones contractuales



Entonces ¿cuál es el rol adecuado de los tribunales para resolver las disputas sobre los contratos incompletos? Es apropiado que los tribunales apliquen un estándar predeterminado mientras la norma no origine riesgo moral. De lo contrario, los tribunales tienen una elección: rechazar un caso basado en que el contrato es muy indefinido como para obligar a cumplirlo, o leer el contrato para alcanzar un resultado razonable. Los tribunales eligen ambas opciones hoy en día, algunas veces se niegan a hacer cumplir<sup>145</sup>, y, algunas veces, particularmente para contratos cumplidos parcialmente cuyo rechazo crearía serios infortunios, interpretando el contrato para lograr una solución razonable. Discutimos aquí que los redactores no deben inferir estándares predeterminados de los esfuerzos comprensibles de los tribunales para hacer justicia en casos particulares. Por el contrario, nuestra opinión es que los creadores de la UCC o la Restatement por lo general no deberían hacer nada, y los tribunales deben ser abiertos a intentos de las partes posteriores para alterar o evitar reglas anteriores del caso.

Hemos discutido en la Parte V que las compañías rechazarían "el proyecto de predeterminación" si pudieran, porque dicho proyecto genera muchos términos ineficientes que las partes deberían incurrir en costos para evitar. Sin embargo, existe una función de maximizar el bienestar propio para el estado para crear algunas estructuras de predeterminación. Mientras que las partes a menudo incurren en costos de creación de contratos, casi nunca encontrarán costos justificados para crear una estructura, como una ley de sociedades cerrada o una ley de quiebras. Las estructuras que crean procedimientos predeterminados para que las partes sigan cuando dirijan (o paralicen) diferentes tipos de empresa, y estructuras que especifiquen la consecuencia legal de seguir estos procedimientos, han creado ganancias de bienestar muy grandes. Por lo tanto, derecho contractual sustancial puede funcionar simplemente sobre la base del nivel equivocado de generalidad: las partes comerciales son las más adecuadas para crear sus propios contratos, mientras que el estado es el más adecuado para crear estructuras amplias dentro de las cuales encajan los contratos de las partes. Estas estructuras no se han examinado en gran parte desde la perspectiva de la teoría contractual.

## VI. REGLAS OBLIGATORIAS

Las reglas obligatorias del derecho contractual prohíben los términos que eligen las partes; por lo tanto, estas reglas no concuerdan con el compromiso a la soberanía de las partes que hemos defendido. No obstante, las reglas se justifican sobre la base de dos fundamentos: el primero es para prevenir las externalidades, del cual la fijación del precio es un clásico ejemplo.<sup>146</sup> El segundo

---

pretenden asignar al deudor la responsabilidad de todos los gastos incurridos al preservar la garantía y fue insuficiente para desencadenar las disposiciones de Texas equivalentes a las Sección 2-509 de la UCC. Además, los intérpretes judiciales se resistirán a colocar el lenguaje expreso del contrato, lo que significa que se ocasiona un conflicto con una falta de gran importancia. Véase *Narakuil Paving & Rock Co. contra Shell Oil Co.*, (9th Cir. 1981). En: F 2d, No. 664, pp. 772, 794-805 (sostienen que una cláusula contractual que excluye la evidencia de asuntos previos no arroja ninguna prueba de uso del comercio para alterar las condiciones del precio en el contrato); *Legros y United States*, (5th Cir. 1976). En: F 2d, No. 535, pp. 857, 858 (sostienen que a pesar de contar con la condición expreso "Buyer F.O.B." en un contrato, el contexto internacional requiere que la intención de las naciones contractuales, más que prestarle atención a los detalles, otorgará un peso controlador".

<sup>145</sup> Se cree que los tribunales contemporáneos ignoran la doctrina indeterminada. Los conocimientos convencionales sostienen que los tribunales deberían llenar las brechas contractuales con normas generales que consigan elementos razonables y generen confianza. Véase CORBIN, *supra* nota 94 895, en p. 400. Dicho conocimiento convencional es malinterpretado. En un artículo reciente, uno de nosotros demuestra que la doctrina indeterminada ha sobrevivido ante la influencia de UCC y a la expansión del apoyo académico para llenar las brechas con normas. Véase Scott, *supra* nota 33. Por lo menos en una docena de casos, los tribunales americanos descartan las demandas debido al incumplimiento del contrato basándose en base en algo indefinido, muchas veces sin otorgar ayuda al receptor de una promesa. Scott manifiesta que las partes redactan contratos incompletos enterrando una doctrina indeterminada cuando pueden crear mecanismos eficientes para enfrentarse a problemas de información y acción escondida. Si hacemos uso del lenguaje de este artículo, se puede decir que su solicitud se enfoca en que algunas veces las partes pueden resolver problemas peligrosos cuando los tribunales no pueden.

<sup>146</sup> Las reglas que prohíben fraude y coacción también son de ayuda para prevenir a las partes de no internalizar costos. El fraude y la coacción no crean riqueza social sin embargo la redistribuyen entre las partes (justamente). De ser permitidas

fundamento es para mejorar una falla del mercado que una revelación de información no pueda solucionar. Como un ejemplo, se piensa que los consumidores no están bien informados sobre las probabilidades de los defectos de los productos, pero es muy difícil transmitir la información de probabilidad en el formato de la etiqueta del producto. La respuesta de la ley es prohibir las renunciaciones de responsabilidad en virtud de la doctrina de responsabilidad civil objetiva. Pero ninguna de estas bases tradicionales puede justificar las reglas de interpretación obligatorias que hemos discutido en la parte IV. Los términos tales como cláusulas de fusión y las provisiones de no-modificación-oral solamente afectan a las partes del contrato. No existe falla del mercado a la que respondan las normas que impiden su ejecución.

Esto sugiere que existe una tercera, y bastante inadvertida, base para las reglas obligatorias de derecho contractual tales como las reglas que rigen la interpretación de un contrato. Este tercer fundamento para las reglas obligatorias es una forma de paternalismo cuya lógica, en el contexto de la interpretación, funciona como se indica a continuación:

- a. Existen buenas razones para que los tribunales hagan cumplir las intenciones de las partes.
- b. Algunas veces las partes utilizan términos contractuales, tales como cláusulas de fusión, o cláusulas de no-modificación-oral, que restringen la habilidad de los tribunales para descubrir las intenciones de las partes.
- c. No existe ninguna buena razón para la existencia de tales términos de "bloqueo de intención".
- d. Por lo tanto los términos son inconsistentes con la verdadera intención de las partes, que consiste en que los tribunales hagan cumplir su trato actual; por lo tanto, los tribunales deben hacer cumplir el trato actual. Las reglas de interpretación son paternalistas porque los tribunales hacen caso omiso a las preferencias expresadas de las partes sin preocuparse por el bienestar de las partes. Es decir, los tribunales no se conciben a sí mismos imponiendo un acuerdo que las partes rechazarían si hubiesen considerado la materia bajo condiciones deliberativas idóneas. Por el contrario, los tribunales creen que están proporcionando el acuerdo que se hubiese producido en esas condiciones.<sup>147</sup>

La dificultad reside en la premisa especificada en el paso C, que consiste en que las partes no tienen ninguna buena razón para redactar contratos con términos sospechosos. Nuestra discusión en la Parte IV muestran que las partes racionales, bien informadas y no coaccionadas tienen buenas razones para utilizar términos contractuales de bloqueo de intención, que el Código no favorece y que muchos tribunales rechazan cumplir. Pero si la premisa en C es rechazada, entonces la conclusión en D – que los tribunales están implementando las intenciones profundas de las partes – también debe fracasar. De esta manera, el paternalismo respecto a las reglas de interpretación está fuera de lugar porque más que mejorar, frustra el bienestar de las partes: las partes que eligen bajo condiciones ideales elegirían lo que prohíbe el estado. En esta parte, discutimos otros tres contextos en los cuales las reglas son obligatorias. En cada caso, las reglas solo se pueden justificar con la premisa de que las partes no tienen ninguna buena razón para utilizar los términos que prohíben las reglas legales, pero en cada caso la premisa fracasa. Estas reglas también reflejan un paternalismo fuera de lugar.

estas prácticas, los costos para imponer las redistribuciones serían externalizados hacia la sociedad. Es así como el fraude y la coacción son medios para hacer respetar un contrato ya que los acuerdos resultantes no maximizan la riqueza conjunta.

<sup>147</sup> Las cuentas tradicionales de paternalismo requieren al porcelánico, un juez para que bargan como objetivo aumentar la riqueza de los agentes. Para una discusión más extensa del tema véase de Richard J. Arneson, *Mil Versus Paternalism*, 90 Ethics 470 (1981); y de Sara Valerius Shiffrin, *Paternalism (In)consonancy Doctrine, and Accommodation*, 29 Phil. & Pub. Aff. 205 (2000).

### I. Las partes no pueden prohibir las modificaciones

Las partes son formalmente libres para pedir que se hagan modificaciones por escrito, pero no son formalmente libres para prevenir que ellas mismas modifiquen su contrato en el futuro.<sup>148</sup> Según la opinión de los tribunales, la mejor deducción de la existencia de una modificación, es que la intención original de las partes para prevenir las modificaciones se ha vuelto anticuada. Dicho de manera más completa, las partes no cambiarían de opinión respecto al fundamento del trato sin buenas razones, o sea que las partes no pueden tener una buena razón para prevenir a ellas mismas de modificar su trato original. Partes contractuales, sin embargo, no tienen buenas razones para congelar su trato original. A continuación damos un ejemplo para mostrar que las prohibiciones de las modificaciones pueden permitir a las partes realizar inversiones eficientes de relación específica.<sup>149</sup> Debido a que una razón importante para ejecutar forzosamente los contratos es contratos es fomentar la inversión de relación-específica,<sup>150</sup> la negativa para hacer cumplir una prohibición de modificación violaría una justificación básica para la existencia del propio derecho contractual.

El ejemplo involucra la producción y la venta de un producto. El producto final puede tener dos valores para el comprador – alto o bajo – dependiendo del estado del mundo *ex post* y de cómo es hecho y entregado. El vendedor puede hacer una inversión de relación-específica que incrementará la probabilidad de que el producto tendrá el valor máximo. Nosotros asumimos que las partes pueden observar el valor que el producto resulta obtener, pero esos valores no son comprobables. El comprador tampoco puede observar si el vendedor realizó o no la inversión. Estos supuestos de información previenen a las partes de producir inversiones eficientes con un contrato simple de precio fijo. Dicho contrato hubiese pagado ya sea al vendedor para que invierta de manera eficiente o condicionar el precio sobre el valor obtenido. Pero debido a que ni el comportamiento del vendedor ni el valor del producto podrían ser probados en un tribunal (ya que ambos valores no son comprobables), ninguna de las partes podría hacer cumplir este contrato simple. Sin embargo, existe un contrato más complejo que induciría al vendedor a invertir de manera eficiente. Ese contrato requeriría que: 1) el vendedor realice un pago inicial al contado al comprador que divide el excedente esperado del trato; y 2) después que se obtiene el valor del producto, el vendedor hace una oferta de “tómalo o déjalo” al comprador que requiere que dicho comprador pague un precio igual al valor (es decir, un precio alto o bajo, dependiendo si el valor es alto o bajo).

Para ver como funcionaría este contrato, asumamos que el beneficio de cada una de las partes, si ellas no negociaran, su beneficio de desacuerdo es cero. Además, si el vendedor invierte, a un costo de  $c > 0$ , el producto tendrá un valor alto para el comprador, con una probabilidad de  $\beta$ . Si el vendedor no invierte, su costo es cero pero el producto seguro tendrá un valor bajo. Después de que el vendedor invierte o no, se produce el producto. Normalizamos el costo de producción a cero, de modo que negociar siempre resulte eficiente para las partes. En el ejemplo, un valor alto es de US\$ 40 y un valor bajo es US\$ 20. Resultaría eficiente para el vendedor invertir si la ganancia esperada menos el costo sobrepasaría el valor bajo: es decir, si  $\beta(\text{US\$}40) + 2(\text{US\$}20) - c \geq \text{US\$}$

<sup>148</sup> Véase Restatement (Second) de los Contratos, §311 (1979), véase además *Zumwinkl contra Leiggett*, (Mo., 1961), 5 W. 2d, No. 345, p. 89 (sostiene el concepto de cláusula no forzada) *Beatty contra Guggenheim Exploration Co.*, (N.Y., 1919). En: N. E., No. 122, pp. 378, 381 (Cardozo J.) (Aquellos que hacen un contrato podrían deshacerlo igualmente. La cláusula que prohíbe un cambio podrá ser abogada como cualquier otra... Cuando dos personas hacen un contrato, ninguna limitación de por medio podrá destruir la facultad que tienen para pactarlo de nuevo) *Johs*, *Supra* (discutiendo las razones por las cuales las partes podrían prohibir las modificaciones). Por otro lado, los códigos civiles, no apoyan a las renegotiaciones, por tanto dichos códigos son más consistentes con el argumento de el texto que con la ley común. Véase BROUSSEAU, *Etc.*, en *Do the Common Law Breed (sic) the Economics of Contract... and May it change?*, en *Law and Economics en países con un Derecho Civil*, Bruno Deffains & Thierry Klein eds., 2001, p. 79-83-85.

<sup>149</sup> Se puede apreciar una discusión más extensa de la preferencia de las partes con respecto a las modificaciones en Schwartz & Watson, *supra* nota 89.

<sup>150</sup> Véase *supra* Sección III.B.

20, o si  $c$  es US\$ 16 o menos. Digamos que  $c = \text{US\$ } 12$  de manera que la inversión resultaría eficiente. El excedente esperado en virtud del contrato es de  $.8 (\text{US\$ } 40) + .2 (\text{US\$ } 20) - \text{US\$ } 12 = \text{US\$ } 24$ . Solo para facilitar supongamos que las partes tienen un poder de negociación igual; entonces dichas partes dividirán el excedente esperado de manera igual. Sobre la base de estos supuestos, el comprador aceptará el contrato si el vendedor realiza un pago al contado inicial de la mitad del excedente esperado, o US\$ 12. La ganancia *ex post* del comprador sería igual a cero porque el precio de comercio igualaría de manera exacta al valor del producto, pero la ganancia *ex ante* del comprador es el pago de los US\$ 12. El vendedor ofertaría el contrato y realizaría una inversión porque su ganancia esperada neta también sería de US\$ 12: el excedente esperado de US\$ 24 menos el pago al contado inicial de US\$ 12.

La dificultad es que después de la inversión del vendedor, el comprador seguiría una estrategia que reduciría el retorno del vendedor por debajo del retorno que podría ganar sin un contrato. Para ver cómo, supongamos que el producto resulta ser de valor bajo. El comprador pagará el precio de US\$ 20 y ganará el valor del producto menos el precio más el pago al contado inicial, o  $\text{US\$ } 20 - \text{US\$ } 20 + \text{US\$ } 12 = \text{US\$ } 12$ . Ahora digamos que el producto resulta tener un valor alto. El comprador rechazará la oferta de "tómalo o déjalo" del vendedor, devolverá el pago al contado inicial y ofrecerá renegociar el trato. En esta etapa, las partes renegociarán el contrato. Como en el ejemplo en la Sección III.2., el costo de inversión del vendedor es hundido. Nuestros supuestos de que las partes tienen un poder de negociación igual y dedicarse a la negociación "Nash" (bajo el cual los costos hundidos se ignoran) por lo tanto implica que las partes acordarán compartir el valor de US\$ 40, de manera que el nuevo precio será de US\$ 20.<sup>111</sup> El comprador rechazará el contrato y renegociará en el estado de valor alto porque entonces ganará US\$ 40 (el valor del producto) - US\$ 20 (el nuevo precio) = US\$ 20 según el contrato renegociado, el cual excede los US\$ 12 que hubiese ganado según el contrato original.

La estrategia del comprador, si es anticipada, ocasionaría que el vendedor no celebre el contrato. Para ver por qué, supongamos que el vendedor celebra el contrato e invierte. Si el valor del producto resulta ser alto, el vendedor ganará el precio renegociado de US\$ 20 menos el costo de inversión de US\$ 12. Si el valor del producto resulta ser bajo, el comprador hará cumplir el contrato, de modo que el vendedor no tendrá el derecho de devolver el pago al contado inicial. En el caso del valor bajo, el vendedor de esta manera ganará el precio de US\$ 20 menos el costo de inversión de US\$ 12 y menos el pago inicial de US\$ 12, por una pérdida neta de US\$ 4. Sobre la base de las probabilidades asumidas anteriormente para los valores altos y bajos, el retorno esperado para el vendedor por celebrar el contrato e invertir será de US\$5.60. Si el vendedor en lugar de elegir no incurrir en el costo de inversión de US\$ 12, el producto tendrá por seguro un valor bajo y el vendedor ganará US\$ 20 (el precio del contrato) - US\$ 12 (el pago al contado inicial) = US\$ 8. Si las partes celebran el contrato, entonces el vendedor hará mejor en no invertir. Sin embargo, el vendedor seguirá haciendo mejor en no celebrar el contrato. Entonces, tampoco invertirá. Por el contrario, el vendedor producirá un producto con un valor bajo al costo de cero y lo ofrecerá al comprador en una compra al instante. El precio de transacción dividirá el excedente de US\$ 20. Por lo tanto, el vendedor ganará una cantidad neta de US\$ 10 si no celebra el contrato y una cantidad neta de US\$ 8 si lo hace. Por lo tanto, las partes no celebrarán el contrato, el vendedor no invertirá, y la calidad del producto será ineficientemente baja.

<sup>111</sup> El vendedor en este ejemplo, no podrá realizar una demanda por un precio de \$ 40 ya que se asume que los valores del producto no son verificables. Por tanto, el vendedor no podrá probar que el valor fue mayor.

<sup>112</sup> En este ejemplo la inversión está catalogada como "cooperativa" ya que el vendedor invierte para incrementar el valor del comprador. Cuando se permite una negociación, es imposible fomentar que se realice una inversión cooperativa por medio

La lección es que algunas veces las partes no pueden redactar contratos que inducen a una inversión eficiente de relación-específica, porque la renegociación (una modificación del contrato) no puede prohibirse.<sup>152</sup> Una prohibición sobre modificaciones que se pudiera hacer cumplir permitiría que el vendedor restablezca el término del precio original del contrato. Un tribunal podría observar el contrato original, el contrato renegociado, y las transferencias monetarias que hicieron las partes según cada una de ellas. Por lo tanto, cuando el comprador devolvió el pago al contado inicial de US\$ 12 y pagó la suma de US\$ 20 según un contrato renegociado, el tribunal sabría que la calidad del producto era alta. Así, el tribunal ordenaría al comprador a pagar otros US\$ 20. Esperando que un tribunal deshara cualquier renegociación, el comprador se dará cuenta que sus opciones eran limitadas a comprar el producto de baja calidad en el mercado de entrega inmediata, ganando una cantidad neta de US\$ 10, o celebrar el contrato, aceptando cualquier oferta *ex post* de "tómalo o déjalo" que el contrato permite que haga el vendedor, y ganando una cantidad neta de US\$ 12. Por lo tanto, el comprador celebrará y cumplirá el contrato. Anticipando el comportamiento del comprador, el vendedor acordará celebrar el contrato e invertirá de manera eficiente. Para resumir, las partes pueden tener buenas razones para prohibir las modificaciones.<sup>153</sup>

## 2. Las partes deben aceptar el cumplimiento sustancial

Los tribunales por lo general, requerirán que las partes acepten el cumplimiento sustancial que el cumplimiento completo, a menos que, en opinión del tribunal, la desviación sea material.<sup>154</sup> Algunas veces las partes tratan de optar por algo fuera de esta predeterminación de cumplimiento-sustancial al cumplir por completo una condición expresa de la obligación a pagar de parte del receptor de la promesa. Sin embargo, los tribunales rechazan frecuentemente requerir un cumplimiento exactamente igual a la condición expresa porque "la ley aborrece las penalidades".<sup>155</sup> La premisa básica es para que la parte que cumple no hubiese acordado a celebrar un contrato que la castigaría severamente por las desviaciones menores. Ya que la parte pagadora sabría esto, ninguna de las partes hubiese pensado que el contrato requería lo equivalente a una renuncia para una ligera disconformidad, a pesar de lo que las palabras redactadas parecían expresar. Los tribunales piensan que las partes no tienen buenas razones para requerir renunciaciones; así, los tribunales analizan condiciones expresas que requieren un cumplimiento completo.

de un contrato. Véase de CHE, Yoon-Koo y HAUSCH, Donald B., *Competitive Investments and the Value of Contracting*. En: *American Economic Review*, No. 87, 1997, p. 125. Los ejemplos anteriores implicaban una auto inversión (el vendedor invierte para bajar sus costos, el comprador invierte para incrementar su valor). Es fácil realizar una auto inversión efectiva para fomentar contratos adecuados. Ambos tipos de inversión son comunes.

<sup>152</sup> Las prohibiciones en las modificaciones también pueden ser eficientes cuando una de las partes muestra aversión al riesgo. Para saber la razón por la cual se debe considerar un posible contrato entre un empleador que muestra neutralidad al riesgo y un agente que muestra aversión al riesgo y quien se supone realizará una tarea. Se asume que el empleador no puede verificar el comportamiento del agente en un tribunal, de manera que el contrato debe motivar al agente. Esto hará que el agente sepa sobrellevar el riesgo, por lo que su pago deberá ser contingente al resultado, de manera que tratará de dar buenos resultados. El agente sabe sobrellevar el riesgo porque los resultados representan ambos esfuerzos, lo que incrementa la probabilidad de que se obtenga un buen resultado y oportunidad. Luego de contar con las acciones de los agentes, pero antes que se conozca el resultado, es posible que se suscite un trato principal entre las partes. En vista que el agente ha actuado, no necesita ser motivado, sin embargo todavía sobrelleva el riesgo ya que sabe que la naturaleza actúa. El acuerdo hará que se transfiera el riesgo al empleador neutral al riesgo por medio del pago de una cuota fija al agente que permanecerá entre los buenos y malos resultados. En caso de que las partes anticipen dicha renegociación, sabrán que los beneficios del agente no son parte de los resultados, y preferentemente será la cuota fija aquella que espera obtener el agente en la renegociación.

<sup>153</sup> Véase *Restatement (Second of Contracts) § 227, 241* (1981), si el cumplimiento es sustancial, la regla de incumplimiento consiste en que la parte receptora de la promesa debe hacer la transferencia del precio menos una cantidad que lo compensaría por no cumplir en su totalidad. Como veremos luego, cuando la valoración del receptor de la promesa no es verificable, el derecho para desconocer los daños resulta falso.

<sup>154</sup> Véase *id.* § 227 *com. b* ["La regla que favorece la libertad de contratación requiere, que, dentro de los límites antes (...) el acuerdo de las partes debe respetarse, a pesar de los malos resultados. Sin embargo, cuando hay duda sobre si el contrato hace más de un acuerdo, una condición de obligación del obligado, se prefiere una interpretación que reduzca el riesgo de mala". Véase también de SCOTT, Robert E. y KRALJIC, Jody S. *Contract Law and Theory*, 3d ed., 2002, pp. 718-20.

<sup>155</sup> (N.Y. 1921). En N.E., No. 129, p. 809.



Planteemos un ejemplo, sacado del famoso caso de *Jacob & Youngs, Inc. v. Kent*,<sup>156</sup> para mostrar que las partes tienen buenas razones para realizar tratos que hacen posible la renuncia. Consideremos un contrato que requiere que un propietario realice pagos fraccionados a un obrero a medida que vaya avanzando la construcción. El último pago, que es considerable, es debido cuando la construcción está completa. Suponemos que los valorizaciones no son verificables. De esta manera, el tribunal no puede observar el valor para el propietario de la construcción completa de acuerdo con el contrato. Basándose en este supuesto, puede haber riesgo moral para ambas partes. Si el obrero tiene la carga de la prueba, el propietario puede afirmar que los defectos en la versión final reducen su valor de manera sustancial, aunque no sea así. La inverificabilidad de las valorizaciones, dificultaría que el obrero desmienta su afirmación. En cambio, si el propietario tiene la carga de la prueba, el obrero puede deliberadamente efectuar un cumplimiento incompleto pero afirmar que, en realidad, ha cumplido de manera sustancial.

Para entender el efecto potencial de dicho riesgo moral, suponemos que el obrero tiene la carga de la prueba y que el propietario va a hacer trampa reteniendo todo el pago final si la construcción no es del todo perfecta. Ya que la perfección es difícil de lograr, el obrero esperará no recibir el pago final. Por lo tanto, no realizará el cumplimiento final. Pero entonces el propietario sabrá que el penúltimo cumplimiento del contrato será el último, y por lo tanto hará trampa. El obrero, anticipándose a esto, no realizará el penúltimo cumplimiento, y así sucesivamente. Por lo tanto, de igual manera, el obrero no realizará ningún cumplimiento. De esta manera el problema contractual de las partes es inducir al obrero a cumplir cuando la posibilidad de no verificación de los valores hace probable el comportamiento estratégico.

La solución de las partes sigue luego de la naturaleza contextual de la posibilidad de verificación. Un dato de información puede no ser verificable para un tribunal porque explicar determinadas materias a un juez de jurisdicción general o un jurado lego puede ser costoso en relación con las ganancias. Sin embargo, el mismo dato de información puede ser verificable para un árbitro. La pericia del árbitro hace que sea más barato informar; actúa en un contexto informal; y tiene una reputación fidedigna porque no parece estar parcialmente a favor de los obreros o los propietarios. Para asegurarse que las partes cooperan con el árbitro, las partes harán que su decisión sea definitiva a falta de fraude, prejuicio o error.

En *Jacob & Youngs*, las partes habían adoptado esta solución común para el problema de riesgo moral, haciendo que un arquitecto sea el árbitro.<sup>157</sup> El arquitecto rechazó certificar que el obrero cumplió totalmente, aunque el defecto parezca trivial.<sup>158</sup> La disyuntiva aparente entre la dimensión del pago final retenido y la naturaleza del incumplimiento sugieren un posible fraude o error por parte del arquitecto. Sin embargo, el obrero no intentó impugnar la decisión del arquitecto. Por el contrario, el obrero le preguntó a un tribunal sostener que cumplimiento perfecto no era una condición para recibir la totalidad del último pago; el tribunal estuvo de acuerdo.<sup>159</sup> Se cree la renuncia al último pago total hubiese sido injusta y que las partes no podrían haber pensado en esto resultado.<sup>160</sup> Sin embargo el asunto que plantea el caso no consistía en que si las partes tenían o no buenas razones para permitir renuncias. En cambio, el asunto consistía en que si las partes tenían buenas razones para hacer que los hallazgos del arquitecto sean definitivos. Cuando las partes adoptan un plan de gobierno complejo, es un paternalismo equivocado para un tribunal requerir al receptor de una promesa que acepte el cumplimiento sustancial sobre la base de que las partes no tienen buenas razones para requerir una oferta perfecta.

<sup>156</sup> Véase *id.*, pp. 890.

<sup>157</sup> Véase *id.*

<sup>158</sup> Véase *id.*, pp. 890-991.

<sup>159</sup> Véase *id.*

### 3. Las partes no pueden acordar penalidades

Se permite a las partes contratantes especificar los daños que el oferente infractor debe pagar, dado que los daños específicos representan una cantidad razonable de la expectativa de pérdida del receptor de la promesa.<sup>141</sup> Sin embargo, no se permite que las partes especifiquen los daños que exceden una cantidad razonable de la expectativa del receptor de la promesa. En este caso la lógica es la misma que la de los ejemplos anteriores. Las partes celebraron el contrato con el fin de dar al receptor de la promesa un cumplimiento particular por un precio. Ellos saben que algunas veces los incumplimientos ocurren, de modo que las partes también tienen buenas razones para asegurar que el receptor de la promesa recibirá una reserva monetaria por cumplimiento en caso de incumplimiento. Pero se supone que las partes contratantes no tienen buenas razones para indemnizar al receptor de la promesa mucho más que su expectativa pérdida cuando el promitente no cumple. Por lo tanto, la meta contractual profunda de las partes se adelanta mediante una regla obligatoria, declarando las cláusulas penales inaplicables.

Esta premisa falla por dos razones. Primero, los tribunales algunas veces implementan la regla de penalidad de manera inexacta. Los tribunales regulan las cláusulas de liquidación de daños y perjuicios, comparando la diferencia entre los daños anticipados según la regla predeterminada de los daños de expectativa a los daños estipulados en el contrato. Los daños de expectativa, a su vez, se basan en las pérdidas verificables que el receptor de la promesa anticipa del incumplimiento. Cualquier cláusula de daños liquidados que incorpora valorizaciones observables pero no verificables, será, de esta manera, vulnerable a una demanda de penalización incluso cuando la cláusula mide de manera exacta la expectativa de pérdida del receptor de la promesa.<sup>142</sup> Además, algunas veces los tribunales encuentran que los daños liquidados compensatorios son penalizaciones en casos complejos porque los tribunales no han comprendido cómo la cláusula protegió la expectativa del receptor de la promesa.<sup>143</sup> Estas dificultades con la ley actual, permiten que los promitentes apelen de manera estratégica a la doctrina de penalización. Como consecuencia, las partes sofisticadas se desaniman a utilizar las cláusulas de daños liquidados cuando estas cláusulas serían óptimas de otro modo.

El segundo problema con la ley actual tiene que ver directamente con el argumento anterior. La premisa que las partes no tienen ninguna buena razón para celebrar un contrato por penalizaciones es un error. Por el contrario, las penalizaciones pueden permitir que las partes realicen inversiones de relación-específica eficientes, en algunos contextos de información asimétrica. Las partes comerciales tienen de esta manera buenas razones para estar de acuerdo con las penalidades en estas circunstancias. Como ejemplo, volvamos al ejemplo en la Sección VI. A que mostraba el error de prevenir a las partes a redactar cláusulas de no modificación en los contratos. Una manera alternativa para realizar una inversión eficiente en ese caso sería que las partes celebren un contrato con una tercera parte en el sentido que si alguna de las partes requiriese una modificación, se tendría que pagar una alta penalidad al tercero. Esta parte tendría el incentivo de hacer cumplir la prohibición sobre las modificaciones con el fin de cobrar la penalidad. Al anticiparse a tal caso, el comprador en nuestro ejemplo será disuadido de pedir una renegociación. Estos esquemas de terceras partes no se ven en la práctica porque los términos de penalización no se pueden compeler a cumplir en virtud de la ley actual.<sup>144</sup> Prohibir una cláusula de daños liquidados solamente porque

<sup>141</sup> Véase U.C.C. § 2-718 (1) (2003) ("Los daños por incumplimiento por ambas partes puede liquidarse en el acuerdo para solamente a una cantidad que sea razonable en vista del daño anticipado o actual causado por el incumplimiento ( . . . ) Un término que fije grandes daños liquidados de manera poco razonable se anula como una multa").

<sup>142</sup> Véase GOETZ y SCOTT, *Liquidated Damages*, *supra* nota 1, pp. 568-76.

<sup>143</sup> Véase de SCHWARTZ, Alan, *The Myth That Promisors Prefer Supracompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damage Measures*, *Er. Yale Law Journal*, No. 100, pp. 369, 383-387.

<sup>144</sup> Para una revisión de los diversos modos, incluyendo el anterior, que cumplir con las multas puede aumentar la eficiencia, véase de EDLIN, Aaron S. y SCHWARTZ, Alan, *Optimal Penalties in Contracts*, *Er. Chicago-Kent Law Review*, No. 78, 2003, p. 33.

requiere que la parte que incumple haga una transferencia que exceda la expectativa de su socio contractual, interfiere de esta manera de manera equivocada con la soberanía de las partes, y puede originar ineficiencia.<sup>195</sup>

Para resumir, el derecho contractual contiene un número de reglas obligatorias que se aplican en ausencia de una externalidad o una falla del mercado. Estas reglas hacen caso omiso a los términos contractuales que parecen ser inconsistentes con las intenciones que las partes racionales, informadas y no obligadas tendrían según las circunstancias. A los tribunales y a los redactores del UCC les parece que las partes reales no tienen buenas razones para elegir estos términos, y que de esta manera un paternalismo defendible no los obligaría a cumplir. Sin embargo, en los casos que hemos analizado, resulta que las partes comerciales tienen buenas razones para las cosas que hacen. Diciéndolo de otro modo, los términos contractuales que los tribunales y el UCC rechazan hacer cumplir, realmente mejora el bienestar de las partes. Por lo tanto, una justificación paternalista para las reglas obligatorias del derecho contractual fracasa. Esto no nos debería sorprender. En la Parte II, mostramos que las partes comerciales persiguen una meta (maximización del bienestar conjunto) que el estado apoya, y por lo general pueden elegir los significados que mejor ayudan a cumplir esta meta. Estas reglas regulan los contratos entre las compañías comerciales, y deberían ser obligatorias solamente cuando el contrato de las partes origina una externalidad o es producto de la falla del mercado.

## VII. CONCLUSIÓN

Este artículo no hace la pregunta normativa convencional: ¿qué tipo de derecho contractual debe proporcionar el estado? Por el contrario, pregunta: ¿qué derecho contractual quieren las compañías que el estado proporcione? Respondemos que un derecho contractual para las compañías debería ser más limitado y respetuoso con las partes contractuales de lo que es el derecho contractual que ahora tenemos. Tiene una importancia de primer orden el que las compañías quieran que el estado haga cumplir los contratos que ellas redactan, no los contratos que una persona que toma decisiones y que tiene una preocupación por la equidad hubiese preferido que dichas compañías hayan redactado. El cumplimiento forzoso de los acuerdos escritos presupone una teoría de interpretación. El compromiso con la soberanía de una parte que defendemos en este Artículo, requiere que los tribunales deleguen a las partes la elección de los términos sustanciales del contrato y la elección de la teoría interpretativa que será utilizada para hacer cumplir dichos términos. Como mostramos, las partes comerciales prefieren por lo general que los adjudicadores sean exactos en promedio al establecer el significado de sus acuerdos, a que sean exactos en cada caso; por lo tanto, estas partes desean que los tribunales realicen las interpretaciones sobre la base probatoria más pequeña que respaldarán a las interpretaciones que son exactas en promedio. Los tribunales que son abiertos a las preferencias de las partes con respecto a la interpretación utilizarán de este modo un estilo interpretativo textualista, uno que limite la base probatoria al acuerdo escrito y no mucho más allá. Además, la mayoría de las compañías prefieren que los tribunales interpreten sus contratos con la suposición de que el contrato está redactado en lo que llamamos el habla de la mayoría, el

<sup>195</sup> Véase *id.* Cuando el vendedor tiene poder de mercado, las partes pueden utilizar las multas para impedir la entrada de los competidores al mercado del vendedor. Véase *id.* pp. 40-42. Sin embargo, en virtud de la ley actual los tribunales suprimen los términos que parecen referirse a las multas, mientras que dichos términos eran utilizados para aumentar la inversión o para impedir la entrada. Afirmamos que los tribunales sólo deben prohibir las multas por ineficiencia; si prohibir otras multas es sólo un paternalismo fuera de lugar. Otra manera de explicar esta afirmación es que una parte siempre debe sentirse libre para alegar que un término de daños originaría una externalidad negativa o perpetuaría una falla del mercado – las bases que aún sostenemos serían razón suficiente para que los tribunales supriman ese término. Pero es un error tratar a una cláusula de daños liquidador que compensaría de más la expectativa de una parte como si fuese un poder suficiente para estas ineficiencias.

lenguaje que las compañías y los tribunales hablan por lo general. Por esta razón, también, una teoría interpretativa textualista es la mejor predeterminación.

Mucho del derecho contractual actual se da en forma de reglas y estándares predeterminadas. Estas predeterminaciones causan más mal que bien. Una regla de incumplimiento eficiente —una que las compañías acepten— tiene una forma simple, está condicionada por algunos estados del mundo, y maximiza las ganancias colectivas en una amplia variedad de contextos. Una norma de incumplimiento solo es eficiente cuando las partes pueden vivir con definiciones imprecisas de sus obligaciones contractuales. Debido a que las normas otorgan una discreción considerable a las partes, una norma no será satisfactoria si, como resultado de dicha discreción, es probable que las partes se comporten de manera estratégica en virtud de dicha norma. Como hemos mostrado, las partes son heterogéneas, los costos de redacción son limitados incluso para los funcionarios públicos que toman las decisiones, algunas veces las reglas deben ser complejas, por lo general las partes utilizarán para su beneficio las normas para redistribuir más que para maximizar los excedentes colectivos y la información siempre es asimétrica. Cuando el estado intenta redactar normas y reglas de incumplimiento eficientes, estas circunstancias crean obstáculos que el estado puede superar. Como es lógico, las partes comerciales celebran el contrato haciendo caso omiso de estos incumplimientos. El ámbito efectivo del derecho contractual suministrado por el estado es más pequeño de lo que generalmente se piensa.

La meta de maximización del bienestar que mejoramos justifica a los tribunales cuando rechazan el cumplimiento de los contratos que no son considerados, contratos que se han visto afectados por fraude o coacción y los contratos que originan externalidades. Sin embargo, esta meta no puede apoyar muchas de las reglas obligatorias que hoy en día gobiernan la mayoría del comportamiento contractual entre las compañías. Estas reglas prohíben el cumplimiento de los términos del contrato que lidian eficientemente con los problemas de información oculta y acción oculta.

Una teoría normativa de derecho contractual que toma en serio la soberanía de las partes muestra que la expansión del derecho contractual en los últimos cincuenta años ha sido desatinada. El derecho contractual hoy en día está compuesto de algunas reglas de incumplimiento, muchas normas de incumplimiento, y un número de reglas obligatorias. La mayoría de esas reglas obligatorias deberían revocarse o reducirse a incumplimientos, y la mayoría de los incumplimientos deberían desaparecer del derecho. Abogar por la libertad de contratación para las compañías no es un tema que genere controversia. Sin embargo, tomar seriamente la libertad de contratación truncaría de manera radical el derecho contractual actual. Un derecho comercial apropiado para nuestros tiempos sería un derecho de comerciantes; y para los comerciantes, mientras la ley sea menos difundida públicamente, es mejor.